Die Einwilligung des Verletzten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Hugo Oelze
Referendar in Bremen.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0121

Meinen Eltern zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Allgemeiner Teil.

Erstes Kapitel: Methodik der Problemlösung 2
Zweites Kapitel: Technik der Problemlösung 4
Drittes Kapitel: Rechtswidrigkeit und Strafnorm 37

II. Spezieller Teil.

Erstes Kapitel: Der Begriff der Einwilligung 64
Zweites Kapitel: Wirkung der Einwilligung bei den einzelnen strafgesetzlichen Bestimmungen 73
Drittes Kapitel: Die Einwilligung in eine Körperverletzung 78
Viertes Kapitel: Anhang. Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht 82

Literaturverzeichnis.

Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund. In Benneckes Abhandl. Heft 101. Breslau 1901.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. 3 Bde. Berlin 1906, 1907 und 1909.

v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht. In der Festgabe der Göttinger Fakultät für F. Regelsberger. Leipzig 1901.

v. Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. Im GerS. Bd. 60 S. 81 ff.

Behr, Medizin und Strafrecht. Im GerS. Bd. 62 (1902) S. 400 ff.

Behr, Ärztlicher operativer Eingriff und Strafrecht. München 1902.

Beling, Grundzüge des Strafrechts zum Gebrauch bei Vorlesungen. Tübingen 1912.

Beling, Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1. Leipzig 1872. Bd. 2. 1. Aufl. 1877. 2. Aufl. 1890.

Binding, Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Im GerS. Bd. 76 (1910) S. 1—116.

Binding, Grundriß zu Vorlesungen über Strafrecht. 1907.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. Berlin 1904

Boehlau, Volenti non fit iniuria. In GoltdArch. Bd. 5 (1857) S. 489 ff.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Diss. Berlin 1891.

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. Bd. 9 von Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. 1903.

Brückmann, Neue Versuche zum strafrechtlichen Problem der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe: Negatives und Positives. In der ZStW. Bd. 24 S. 657 ff.

Büdinger, Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. Leipzig und Wien 1905.

v. Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht. Straßburg 1908.

Dietrich, Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Marburg 1896.

Dohna, Graf zu, Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes. Berlin 1902.

Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.

Dohrn, Über die gesetzliche Verantwortlichkeit des Arztes bei geburtshilflichen Operationen. Leipzig 1902.

Dorn, Tötung auf Verlangen des Getöteten. In GoltdArch. Bd. 1 (1853) S. 330 ff.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2. u. 9. Ausg. Gießen 1805 u. 1826.

Finger, Das Strafrecht. Kompendien des österreichischen Rechts. Berlin 1912.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1904.

Finger, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse. Im GerS. Bd. 40 (1888) S. 139 ff.

Finger, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. In der ZStW. (1900) S. 12 ff.

Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Flügge, Das Recht des Arztes. Berlin und Wien 1903.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11.—14. Aufl. Tübingen 1914.

GoltdArch. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet durch Goltdammer. Berlin.

GerS. = Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht. Stuttgart.

GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut. Wien.

Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. Vergl. Darst. Allgem. Teil S. 487 ff. Berlin 1908.

Geyer, Zur Revision der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches über Körperverletzungen. Im GerS. Bd. 26 S. 272 ff.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884.

Grolmann, Grundzüge der Kriminalwissenschaft. 4. Aufl. Gießen 1825.

Guttzeit, Verantwortlichkeit des Arztes bei Mißerfolgen. Leipzig 1912.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts. 1858.

Hälschner, Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen. Im GerS. Bd. 21 S. 1 ff.

Hälschner, Der Zweikampf im Verhältnis zu Tötung und Körperverletzung. Im GerS. Bd. 35 S. 168 ff.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht (systematisch dargestellt). Bonn 1881.

Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten. In GrünhutsZ. Bd. 27 S. 697 ff.

Hartwig, Die Körperverletzung eines Einwilligenden. Diss. Borna-Leipzig 1912.

Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1854.

Heimberger, Straflosigkeit der Perforation. Berlin 1899.

Heimberger, Strafrecht und Medizin. Berlin 1899.

Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. 4 S. 1 ff. Berlin 1908.

Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. Berlin 1823.

Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.

Heß, Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts. Bd. 3. Hamburg 1892.

Heß, Neue Thesen. Bd. 2. Hamburg 1900.

Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. 3 S. 373 ff.

Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. 1 1903, Bd. 2 1905.

Holer, Die Einwilligung des Verletzten. Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft 1906.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 4 Bde. Berlin 1871—1877.

Hoepfner, Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. In der ZStW. Bd. 26 S. 604 ff.

Horn, Zur Lehre von der Tötung auf Verlangen. Heidelberg 1910.

Jaffé, Geburtshelfer und Strafrecht. Leipzig 1910.

Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1827.

Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216. Erlangen 1896.

Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Erlangen 1899.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht. In der ZStW. Bd. 29 S. 351 ff.

Kahle, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Berlin 1910.

Karding, Straflose vorsätzliche Körperverletzung bei Bewegungsspielen. Freiburg 1900.

Keßler, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? Im GerS. Bd. 39 (1887) S. 94 ff.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin und Leipzig 1884.

Keßler, Kritische Bemerkungen zum Neuesten in der Lehre vom Objekt des Verbrechens. Im GerS. Bd. 40 S. 580 ff.

Keßler, Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. Im GerS. Bd. 38 (1886) S. 561 ff.

Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Recht. In GoltdArch. Bd. 54 S. 357 ff.

Kitzinger, Rechtswidrigkeit. Im GerS. Bd. 55 S. 1 ff.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. In GoltdArch. Bd. 48 (1901) S. 177 ff. Bd. 49 (1902) S. 246 ff. Bd. 50 (1903) S. 364 ff.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Mannheim 1890.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1903.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. Tübingen 1855.

Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Tübingen 1845.

Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. Im GerS. Bd. 35 (1883) S. 219 ff.

Kühne, Straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes. Leipzig 1909.

Kühne, Über die strafrechtliche Verantworlichkeit des Arztes bei Anwendung des Chloroforms. Berlin 1892.

v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. In der Festgabe der Heidelberger Juristenfakultät für Bekker. Berlin 1899.

Lion, Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar? In GoltdArch. Bd. 6 S. 450 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 20. Aufl. Berlin 1914.

v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch. In der ZStW. Bd. 6 S. 663 ff.

Löning, Grundriß zum Strafrecht. Frankfurt 1885.

Löffler, Die Körperverletzung: Ausschluß der objektiven Rechtswidrigkeit. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 5 S. 241 ff.

Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht. Göttingen 1840.

Luden, Handbuch des teutschen, gemeinen partikularen Strafrechts. Jena 1842.

Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Heidelberg 1911.

Matthaeus, De criminibus ad liberos 47, 48 Dig. Amsterdam 1644.

Merkel, Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig 1867.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Leipzig 1912.

Mittermaier, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkt der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Wissenschaft geprüft. In GoltdArch. Bd. 9 (1861) S. 433 ff.

NArch. = Neues Archiv des Kriminalrechts.

Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.

Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In der Festschrift für Binding Bd. 1 S. 273 ff. Leipzig 1911.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 9. Aufl. Berlin 1912.

Oppenheim, Ärztliches Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.

Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe. SchweizZ. Bd. 6 S. 347 ff.

Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Ortmann, Zur Lehre von der Körperverletzung. In GoltdArch. Bd. 25 (1877) S. 104 ff. und im GerS. Bd. 35 S. 371 ff.

Ortmann, Zur Lehre von der Tötung des Einwilligenden. In GoltdArch. Bd. 26 S. 195 ff.

Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Straßburg 1897.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. Berlin 1907.

Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht. Jena 1907.

Rezensent für die „Einwilligung des Verletzten“ von Keßler. Im GerS. Bd. 37 S. 72.

Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle 1883.

Roedenbeck, Volenti non iniuria nach der Schrift Keßlers: Die Einwilligung des Verletzten. Im GerS. Bd. 37 S. 124 ff.

Rosenberg, Strafbare Heilungen. Im GerS. Bd. 62 S. 62 ff.

Rotering, Die chirurgische Operation, insbesondere die Perforation als Ausnahme von der Norm. In GoltdArch. Bd. 30 S. 179 ff.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1910.

Schaper im Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von v. Holtzendorff, Bd. 2 S. 127 ff. Berlin 1871.

Schmidt, E., Grundriß des Naturrechts.

Schmidt, R., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.

Schmidt, R., Grundriß zu Vorlesungen über Strafrecht.

Schmitt, Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten ärztlichen operativen Eingriffs. In der ZStW. Bd. 31 S. 467 ff.

Schnitzler, Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Leipzig 1908.

Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts nach römischen, canonischen und deutschen Reichsgesetzen in ihrer heutigen Anwendung. Bd. 1. Leipzig 1818.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. Leipzig 1874.

Schütze, Notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1894.

SchweizZ. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Bern.

Seydel, Die Einwilligung des Verletzten. Blankenese 1907.

Sontag, Zur Literatur des Strafrechts. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München 1877.

Stooß, Strafrechtswidrigkeit. In der ZStW. Bd. 24 S. 319 ff.

Stooß, Chirurgische Operation und Strafrecht. Berlin 1898.

Stooß, Operativer Eingriff und Körperverletzung. In der SchweizZ. Bd. 6 (1893) S. 53 ff.

Stooß, Strafrechtliche Natur ärztlicher Handlungen. In der DJZ. 1899 S. 184 ff.

Stooß, Zur Abgrenzung des Notstandes. In der ZStW. Bd. 12 S. 330 ff.

Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen. Wittenberg 1805.

Stübel, Über die Natur der Handlung, wenn jemand ein unveräußerliches Gut des andern mit dessen Einwilligung beschädigt oder demselben ganz entzieht, in strafrechtlicher Rücksicht. Im NArch. Bd. 9 1827 S. 551 ff.

Teichmann in Holtzendorffs Handbuch Bd. 3 S. 395 ff. Berlin 1874.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 2. Aufl. Halle 1822—1824.

Tosetti, Der Begriff der strafbaren Handlung nach geltendem Reichsrecht. Im GerS. Bd. 79 (1912) S. 85 ff.

Ullmann, Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. Im GerS. Bd. 37 (1885) S. 529 ff.

Vergl. Darst. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

Wach, Grundriß zu Vorlesungen über Strafrecht.

Wach, Die Normen und ihre Übertretung. Im GerS. Bd. 25 (1875) S. 437 ff.

Wach, Defensionspflicht und Klagerecht. In GrünhutsZ. Bd. 6 (1879) S. 515 ff. u. 593.

Wach, Legislative Technik. Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. 6 S. 1 ff. Berlin 1908.

Wächter, Deutsches Strafrecht (Vorlesungen). Leipzig 1881.

Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. Bd. 1 u. 2. Stuttgart 1825/26.

Wächter, Volenti non fit iniuria. Bd. 1 S. 201 ff. Im NArch. Bd. 10 (1828) S. 656 ff.

Wessely, Über die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Tatbestand und die Strafbarkeit eines Deliktes mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Recht. In der Österr. Vierteljahrsschrift, herausgeg. von Dr. Haimerl, Bd. 1 S. 217 ff. Wien 1858.

Wein, Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes. Leipzig 1908.

Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuchs begangene Körperverletzung. Berlin 1900.

Wiemann, Tötung auf Verlangen. Göttingen 1896.

Wilhelm, Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten. Berlin 1912.

ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Zimmermann, Zur Auslegung des § 216. Volenti non fit iniuria. In GoltdArch. Bd. 29 (1881) S. 440 ff.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff. Sonderabdruck Tübingen 1906.

Zitelmann, Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Leipzig 1908.

Allgemeiner Teil.

Es mag für den Chronisten eine ebenso interessante wie für den Dogmatiker reizvolle Aufgabe bedeuten, das Problem des volenti non fit iniuria[1]) mit den vielgestaltigen Varianten der Lösung durch die Zeitspanne eines Jahrhunderts zu verfolgen und in ihr die Heftigkeit der Polemik zu bewundern, mit welcher der Wettstreit um die definitive Lösung in der Doktrin geführt wurde. Es ist vornehmlich der Theoretiker, seltener der Praktiker, der zur Frage nach der Bedeutung der Einwilligung des Verletzten einen entschiedenen Standpunkt gewonnen hat; nicht etwa weil diese Frage von geringer praktischer Relevanz wäre, sondern weil sie nur in engem Zusammenhang mit gleich kontroversen Fundamentalbegriffen des Kriminalrechts beantwortet werden kann und so auch zugleich zu anderen Problemen eine prinzipielle Stellung, ein „Glaubensbekenntnis" des Kriminalisten erfordert. Fragen nach dem Wesen und Zweck des Strafrechts, nach den Begriffen der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit, der Norm und der Schuld werden zugleich durch dieses Problem be-

[1]) D. 47, 10 (de iniur.) Fr. 1 § 5: Si volentem filium quis vendiderit filii nomine non competit quia nulla iniuria est, quae in volentem fit.

rührt, eine Auseinandersetzung mit ihnen und begriffliche Fixierung erfordernd. Eine in gewissem Sinne entscheidende Bedeutung gewinnt dabei die Frage, ob das Strafrecht das Individuum als Gruppenangehörigen oder in individualistischer Tendenz den einzelnen als solchen schütze. So ruht das Problem der Einwilligung auf der breiten Grundlage fundamentaler Begriffe des Strafrechts, deren verschiedene Prägung die Lösung jenes Problems beeinflussen mußte. Einen besonderen Anlaß zu immer erneuten Lösungsversuchen mußte die Doktrin in der Judikatur des höchsten Gerichtshofes finden, der bei seltsamer Inkonsequenz seiner Entscheidungen[1]) bisher eine prinzipielle Stellungnahme gegenüber diesem Problem vermieden hat.

Aus unserer Betrachtung wurde der legislativpolitische Gesichtspunkt als unwesentlich für eine Behandlung nach geltendem Recht fortgelassen. Die gemeinrechtliche Literatur wurde herangezogen, wo ihre Betrachtung für die Technik der Problemlösung wertvoll und nützlich erschien.

Erstes Kapitel.

Methodik der Problemlösung.

Eine dogmengeschichtliche Darstellung des Problems hat ihren selbständigen Wert in der Abrundung, die

[1]) vgl. RG. I v. 15. 11. 1880, Bd. 2 S. 442, und III v. 31. 4. 1894, Bd. 25 S. 375.

eine Darstellung dadurch gewinnt; für die eigentliche Lösung unter dem Gesichtspunkte geltenden Rechts ist sie ohne Bedeutung gegenüber der unabhängigen Entwicklung des heutigen Strafrechts. Ausführliche historische Darlegungen und kritische Erörterungen der römischen Quellen, an die sich zahlreiche Kontroversen geschlossen haben, finden sich bei Köstlin,[1]) Wächter,[2]) Ortmann,[3]) Ullmann,[4]) Binding,[5]) Breithaupt,[6]) Hartwig.[7])

Die aprioristisch-dogmatische Methode, bevorzugt von den Schriftstellern des gemeinen Rechts, speziell denen der naturrechtlichen Schule, ist in der heutigen Wissenschaft aufgegeben worden, und nur vereinzelt finden sich Schriftsteller, die in unverkennbarer Inklination zu dieser Methodik eine Problemlösung auf Grund eines in philosophischen Deduktionen wurzelnden Systems anstreben. Unerläßlich erscheint auch diesen die Einfügung ihres Systems in das Normensystem der lex lata, und so verbinden sie mit der dogmatischen die positive Deduktion. Eine Verbindung beider Methoden findet

---

[1]) Köstlin, System S. 105 ff. Nr. 2.

[2]) Wächter im GerS. Bd. 20 S. 1 ff.

[3]) Ortmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 104 ff.

[4]) Ullmann im GerS. Bd. 37 S. 529 ff.

[5]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 710 ff.

[6]) Breithaupt, Volenti non fit iniuria.

[7]) Hartwig, Die Körperverletzung.

sich in der Arbeit von Klee.[1]) Die letzterwähnte Methode, seit Erlaß des Reichsstrafgesetzbuches die vorherrschende, sucht in einer Interpretation der Gesetzesstellen die Lösung, und wo positive Bestimmungen fehlen, in der Exegese einzelner Paragraphen unter dem Gesichtspunkt allgemeiner strafrechtlicher Begriffe.

Es mag noch eine Methode, die Schmidt[2]) zuerst anwandte, Erwähnung finden. Sie rückt die legislative, die rechtspolitische Frage in den Vordergrund und findet unter diesem Gesichtswinkel in einem Ausgleich der beteiligten Interessen zugleich eine Lösung für das geltende Recht.

Zweites Kapitel.

Technik der Problemlösung.

Ein für die Lösung wertvolleres Ergebnis bringt eine Betrachtung der Technik der bisherigen Problemlösungen, in denen gemeinsame Richtlinien, gleiche Gesichtspunkte und Analogien unverkennbar sind.

Es lag, wie erwähnt, in der dogmatischen Methode begründet, ein fest umrissenes begriffliches System in das objektive Recht hineinzutragen, mit dessen Hilfe die Interpretation dort versucht wurde, wo das Gesetz eine positive Regelung vermissen ließ. Man löste aus

---

[1]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 177 ff., Bd. 49 S. 246 ff., Bd. 50 S. 364 ff.

[2]) Schmidt, Verantwortlichkeit.

den zahllosen Erscheinungen, in denen das Problem eine Bedeutung gewinnen konnte, einen Hauptbegriff heraus, um von ihm, gleichsam von einem festen Pol aus, eine Lösung zu finden, die praktisch brauchbare Entscheidungen ermöglichen konnte.

Köstlin und Hälschner,[1]) obwohl gegeneinander polemisierend, so doch in ihren Doktrinen wesensverwandt, fanden den allgemeinen Begriff in dem der „Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Momenten“,[2]) oder wie Hälschner ihn determinierte: „die Wesensbestimmtheit der Person“.[3]) Dieser Begriff bildete das Fundament für ihre Untersuchungen, inwieweit eine Einwilligung möglich und welche Bedeutung ihr beizumessen sei. Denn „der Begriff der Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Momenten (Leben, Freiheit, Ehre, geistig leibliche Integrität, Eigentum) ist ein von dem individueellen Belieben seines Trägers unabhängiger und unveränderlicher, und nur er ist das wahre Objekt bei den sogenannten Privatverbrechen“.[4]) „Es kann auf sie rechtlich gar nicht verzichtet werden, weil ein solcher Verzicht immer nur den besonderen Willen der Persönlichkeit zur Quelle hätte, vor ihrem substantiellen Willen sich aber niemals rechtfertigen könnte.“[5]) Aus dem

---

[1]) Hälschner, System § 62.

[2]) Köstlin, System § 36 S. 98.

[3]) Hälschner a. a. O.

[4]) Köstlin a. a. O.

[5]) Köstlin, Neue Revision S. 684.

Wesen dieses absoluten Begriffes folgt: „Würde daher auch ein Individuum auf die gedachten Rechte resignieren und einem oder allen die Verletzung gestatten, so bleibt diese Verletzung gleichwohl Unrecht gegen den dem unvernünftig wollenden Individuum immanenten Begriff der Persönlichkeit".[1]) Hälschner beschränkt den Inhalt des Begriffes: „Diejenigen Rechte dagegen, welche sich wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre als Wesensbestimmtheit der Person darstellen, sind einer jeden rechtlichen Verfügung durch den Berechtigten selbst entzogen, und darum kann auch durch dessen Einwilligung eine rechtliche Dispositionsbefugnis über diese Güter nicht übertragen werden".[2]) Und an späterer Stelle[3]): „Es kann der Person nicht das Recht zustehen

[1]) Köstlin, System a. a. O.: Köstlin ist hier vielleicht unbewußt Vorstellungen von dem Begriff der ficta insania des Einwilligenden unterworfen, wie ihn Leyser, Matthäus, Cremani und Renazzi im 18. Jahrhundert konstruierten.

[2]) Hälschner a. a. O.; vgl. Gegenausführungen bei Ortmann im GerS. Bd. 35 S. 378.

[3]) Hälschner a. a. O.; vgl. dazu Hälschner, Deutsches Strafrecht Bd. 1 S. 420: „Diejenigen rechtlichen Güter, welche wie Leben, Freiheit, Gesundheit, Ehre Wesensbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit bilden, sind, obwohl sich der Mensch ihrer zu entäußern vermag, rechtlich unveräußerliche darum, weil es ihrer sittlichen Zweckbestimmung widerspricht; unsittlich ist, sich ihrer zu entäußern; dies darum niemals berechtigt sein kann". In diesen späteren Betrachtungen sind bereits zivilistische Momente verwandt, die den Begriff der Wesensbestimmtheit der früheren Prägnanz berauben.

über dasjenige, was eine Wesensbestimmtheit ihrer selbst ausmacht, frei zu verfügen, weil eine solche Disposition die an sich unsittliche Tat der Selbstentäußerung, des Aufgebens des eigenen Wesens sein würde". Später verwandten Ullmann[1]) und Roedenbeck[2]) den Begriff der Wesensbestimmtheit wieder, ohne freilich auf ihm als Fundamentalbegriff ihre Betrachtungen aufzubauen. Das Leben, das wertvollste Gut, sei die einzige Wesensbestimmtheit der Person.

Der verschiedene Inhalt, den man willkürlich diesem Begriff gab und damit im logischen Zusammenhang der verschiedene Umfang, macht den Begriff als Grundlage prinzipieller Untersuchungen unbrauchbar.

Köstlin[3]) konstruierte, von dem Persönlichkeitsbegriff als einer bekannten Größe ausgehend, weiter: „Die Freiheit des individuellen Rechtsträgers äußert sich in doppelter Abstufung. Sie kann den Begriff des Verbrechens selbst aufheben, indem sie einzelne Anwendungen des Rechts, die von der Substanz losgelöst werden können, gegen andere freigibt, welchenfalls diese keine Rechtsverletzung, sondern eine erlaubte Handlung begehen".[4]) Dies treffe unbedingt zu bei Rechten, deren Ausübung teilbar sei, wie Freiheit und Eigentum; un-

---

[1]) Ullmann im GerS. Bd. 37 S. 540.

[2]) Roedenbeck, Zweikampf S. 31.

[3]) Köstlin, System S. 100ff.

[4]) vgl. zu den hier als konträr behandelten Begriffen: Erlaubt und Verboten Wach im GerS. Bd. 25 S. 443.

bedingt nicht dagegen bei dem unteilbaren Rechte des Lebens. Solange also das Wesen der Persönlichkeit unangetastet bleibt, solange die „Substanz“ unverletzt bleibt, ist die Loslösung einzelner Anwendungen denkbar. Wenn auch eine Person in gewisser Beziehung oder für einen gewissen Zeitraum ihre Freiheit aufgibt, so bleibt dennoch die Substanz der Freiheit erhalten und unverletzt; das wesentliche Moment der Persönlichkeit bleibt dadurch unberührt. Bei dem Rechte auf Gesundheit „wird hier die individuelle Dispositionsbefugnis der Regel nach anerkannt und nur dann als dem der Person immanenten allgemeinen Willen widersprechend ausgeschlossen werden müssen, wenn es sich um lebensgefährliche oder unheilbare Gesundheitsverletzungen handelt“.[1]) In diesen Fällen würde die Substanz verletzt werden; der Begriff der Persönlichkeit würde untergehen. Es sind dies Konstruktionen und Gedanken, denen wir in ähnlicher Fassung in Schmidts Naturrecht[2]) begegnen: Freiheit und Gesundheit seien „in einzelnen Anwendungen“ veräußerlich, im ganzen dagegen ebensowenig wie Leben und Ehre.

Der Begriff der Persönlichkeit bestimmt also die Grenze der Anwendung des volenti non fit iniuria. Der Satz muß unbeschränkte Geltung beanspruchen, solange die Wesensbestimmtheit der Person erhalten bleibt. Zu

---

[1]) Köstlin a. a. O.

[2]) E. Schmidt, Grundriß des Naturrechts §§ 199 f.

ähnlichen Resultaten mußte Hälschner[1]) gelangen, wenn er die Grenze der Wirksamkeit einer Einwilligung in der Substanzverletzung der Wesensbestimmtheit erblickte. Wirkungslos ist daher die Einwilligung in die Verletzung der allgemeinen Vermögensberechtigung: „denn ihr kann der Mensch mit rechtlicher Wirksamkeit nie entsagen". „Dagegen ist eine jede besonders anerkannte Vermögensberechtigung der Person in dem Maße nur ein äußerliches, daß es dem Wesen der freien Persönlichkeit widersprechen würde, wenn sie mit ihrem Willen an ein solches Recht gebunden sein sollte und es nicht veräußern dürfte . . . Aus dem Wesen der Persönlichkeit ergibt sich ihr Recht zur freien Verfügung über solche Rechte, und darum verliert die von einem anderen ausgehende Vermögensbeschädigung, sofern sie nicht mit einer sonstigen Rechtsverletzung konkurriert, den rechtsverletzenden verbrecherischen Charakter, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten stattfand."[2]) Der Fundamentalbegriff ist immer der der Persönlichkeit; soweit es mit seinem Inhalt verträglich ist, schließt die Einwilligung eine Rechtsverletzung und damit die Strafbarkeit der Handlung aus. Es wird nicht die Frage nach dem Begriff der Einwilligung gestellt, obwohl Köstlin als Begriffsmerkmal Ernstlichkeit und für die Person des Einwilligenden Willensfähigkeit erwähnt,

---

[1]) Hälschner a. a. O.

[2]) Hälschner a. a. O. S. 236.

oder nach dem Wirkungsgrunde, um eine Lösung anzubahnen, sondern, inwieweit eine Einwilligung mit dem Begriff der Persönlichkeit, der Wesensbestimmtheit der Person vereinbar ist. Wo die Persönlichkeit durch eine Verletzung eine ihrem Wesen widersprechende Veränderung erfahren müßte, bleibt trotz einer Einwilligung der rechtsverletzende verbrecherische Charakter der deliktischen Handlung mit der Unrechtsfolge der Strafe. Besteht einerseits die Rechtsverletzung ungeachtet der Einwilligung fort, so „erscheint doch immer infolge der vorangegangenen Einwilligung des individuellen Trägers des Rechtes das Unrecht geringer".[1]) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Hälschner;[2]) denn in allen Fällen, wo trotz Einwilligung die Rechtsverletzung bleibt, werde durch die Einwilligung das Maß der Schuld und damit die Strafbarkeit verringert; das Maß der Schuld nämlich sei bedingt durch das Maß, in welchem das Recht verletzt worden sei; und mit größerer Klarheit in den Auslassungen im deutschen Strafrecht[3]): „In allen den Fällen, in welchen die Einwilligung des Geschädigten der Handlung die Bedeutung einer Rechtsverletzung nicht nehmen kann, wird dennoch durch die Einwilligung das Maß der Schuld und Strafbarkeit verringert . . . in dieser Beziehung kommt in Betracht, daß

---

[1]) Köstlin, System a. a. O. S. 99, vgl. auch Revision S. 683.

[2]) Hälschner a. a. O. S. 239/40.

[3]) Hälschner, Strafrecht Bd. 1 S. 473.

zwar, wenn auch trotz der Einwilligung die Substanz des Willens des berechtigten Wesens der Persönlichkeit verletzt ist, so doch vermöge derselben nicht der aktuelle Wille des Verletzten; und andererseits, daß hier auch der Widerspruch der Willensbestimmung des Täters gegen die rechtliche Norm ein geringerer ist, namentlich dann, wenn die Einwilligung, wohl sogar das Verlangen des Verletzten für den Täter Bestimmungsgrund seines Handelns war". Diese verwirrten Vorstellungen von dem Wesen der kriminalistischen Schuld, deren es verschiedene Grade geben soll, werden im letzten Grunde wiederum durch den Persönlichkeitsbegriff bedingt. Objektiv muß die Einwilligung in gewissen Fällen ohne Wirkung bleiben. Da das Rechtsgefühl jedoch eine andere Beurteilung solcher Verletzungen fordert, kann eine Wirkung der Einwilligung oder des Verlangens des Verletzten nur in dem Willen des Täters gefunden werden. Subjektiv erscheint die Schuld des Delinquenten geringer; und so gelangte man zu verschiedenen Graden der Schuld und des Unrechtes.

Verwandt sind diesen Deduktionen Gedankengänge von Berner[1]) und Schütze,[2]) in deren Ausführungen der Persönlichkeitsbegriff unter dem Begriff der sittlichen Natur des Menschen wiederkehrt; die Verletzung eines Privatrechts, das eine Bedingung der sittlichen Natur

---

[1]) Berner, Lehrb. S. 96 ff.

[2]) Schütze, Lehrb. S. 104 ff.

bildet, trifft im Fall der Einwilligung zwar nicht den Willen des individuellen Trägers, wohl aber den allgemeinen Willen, das allgemeine Recht. Auch der Gegensatz der Substanz zu den erworbenen Einzelrechten, die Schütze durch andere Vorstellungen bestimmt, veräußerlich oder verzichtbar nennt, tritt unverhüllt hervor.

Ähnliche Gedanken finden sich bei Schaper.[1]) Auch Wächter[2]) operiert mit dem Persönlichkeitsbegriff. Die falsche Technik der Lösung, die Köstlin und Hälschner, von gleichwertigen Grundbegriffen mit verschiedenem Inhalt ausgehend, anwandten, führte zur begrifflichen Unklarheit und zu verwirrten Vorstellungen, die die Wertlosigkeit des endgültigen Resultates dokumentieren. Was wir aus dieser Kritik für unsere Darstellung gewinnen, mag unter folgende Gesichtspunkte gruppiert werden: das Problem kann nicht durch Aufstellung eines jenseits von ihm liegenden Begriffes, der als Prüfstein für die Wirkung der Einwilligung zu gelten hat, gelöst werden; und positiv ist eine scharfe begriffliche Umgrenzung der Einwilligung erforderlich, mit anderen Worten, das Problem muß in seinem Kernpunkte erfaßt werden.

Eine von jener sehr verschiedene Technik beobachtete den ersten Gesichtspunkt und in gewissen Be-

---

[1]) Schaper in Holtzendorffs Handb. Bd. 2 S. 129.

[2]) Wächter, Deutsches Strafrecht S. 189.

schränkungen auch den zweiten, insofern man in einer Betrachtung der Natur der Einwilligung der Problemlösung näher zu kommen suchte.

Unter Verwendung zivilistischer Momente und Vorstellungen charakterisierte man den Einwilligungsakt als Rechtsgeschäft, speziell als eine Rechtsübertragung, als Autorisation zur Verletzung oder als Verzicht. Mit dieser Technik, die die Wirkung der Einwilligung in der Funktion als Rechtsgeschäft erkannte, verband sich häufig eine Unterscheidung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche.[1]) Veräußerlich insofern, als die Rechte Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein können, den Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausmachen können oder dürfen. Unveräußerlich oder unverzichtbar, insofern sie mit dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts unverträglich sind. Die Trennung in veräußerliche und unveräußerliche Rechtsgüter oder Rechte ist durch die Charakterisierung der Einwilligung als Rechtsgeschäft bedingt.[2])

Matthäus[3]) hatte in der Formulierung „Primo

---

[1]) vgl. dazu Hertz, Unrecht S. 108.

[2]) Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die Bedeutung, die z. B. RGE. Bd. 2 S. 442 diesem Terminus beilegt, eine andere, von zivilistischen Vorstellungen weit entfernte ist. Auch dort, wo bei einigen Schriftstellern von Unveräußerlichkeit im Sinne des Sittengesetzes gesprochen wird, hat dieser Begriff nur das Wort mit dem oben bezeichneten gemein.

[3]) Matthäus, De crim. Proleg. cap. III § 3.

distinguemus, utrum id quod pati quis vult, in eius potestate sit necne", durch zivilrechtliche Vorstellungen beeinflußt, die Trennung in veräußerliche und unveräußerliche angebahnt. Die Vorstellung von der Einwilligung als einem zivilrechtlichen Akt bedingt als das Primäre die Unterscheidung „verzichtbarer" gegenüber „unverzichtbaren", „veräußerlicher" gegenüber „unveräußerlichen" Rechten. Der Begriff der Veräußerlichkeit gewann in der Doktrin prinzipielle Bedeutung, so daß er in vielen Fällen den Ausgangspunkt der Deduktionen, die Prämisse für den Schluß bildete, oder die logische Folgerung aus dem Begriff zu einer Relation zwischen dem Begriff des veräußerlichen Rechts und dem Rechtsgeschäft der Einwilligung umgedeutet wird.

Die Natur der Einwilligung wurde in einer Verzichtleistung, in einer „Begebung" des Rechts erblickt, in dessen Verletzung der Träger eingewilligt hatte. So gelangt Schröter,[1]) davon ausgehend, daß „die Verzichtleistung des Berechtigten auf ein Rechtsgut in Ansehung eines jeden Rechts möglich sei", zur Proklamierung der Straflosigkeit jeder Verletzung eines Einwilligenden. In der Konstruktion und im Ergebnis gleich: Tittmann,[2]) Henke[3]) und Wächter,[4]) der diesen Grundsatz dahin faßt: „Kein Verbrechen ist die

[1]) Schröter, Handb. § 51; vgl. auch § 52 S. 93.

[2]) Tittmann § 36 (§ 32 ältere Aufl.).

[3]) Henke, Lehrb. § 38 S. 231–236.

[4]) Wächter, Lehrb. § 59 S. 103; GerS. Bd. 20 S. 2.

Verletzung eines seine Rechte frei zu veräußern befugten Einwilligenden". Feuerbach[1]) hatte in den ersten Ausgaben seines Lehrbuchs die unbedingte Geltung des volenti non fit iniuria anerkannt; später beschränkte er sie[2]): „Soferne eine Person durch erklärten Willensakt Rechte aufgeben kann, hebt die Erlaubnis zur Tat von seiten des Verletzten den Begriff des Verbrechens auf. Volenti non fit iniuria. Nur muß das Recht, gegen welches der Erlaubnis gemäß die Handlung gerichtet ist, der rechtlich möglichen Verfügung des Verletzten unterworfen sein. Ist das Recht an sich der freien Willkür des Berechtigten entzogen, oder dieser unfähig zur freien Verfügung über sich selbst oder das Seine, so ist die Erlaubnis ohne rechtliche Wirkung". Die Verletzung eines unveräußerlichen Rechts erheischt also volle Strafe. Straflos bleibt die eines veräußerlichen im Fall der Einwilligung. In der gleichen Konstruktion wurzeln Stübels[3]) nicht so konsequent dnrchgeführte Deduktionen: „Eine Verletzung in Ansehung eines Rechts, dessen sich jemand freiwillig begeben hat, ist nicht denkbar, und die Versagung solchen Rechts kann als Verbrechen nicht angesehen werden". Von einer Injurie könne man nicht reden, wenn der Injurierte seine Ehre preisgegeben habe. „Ebenso hebt die freiwillige Be-

[1]) Feuerbach, Lehrb. § 40; ebenso Heffter, Lehrb. § 38.

[2]) Lehrb. 9. Ausg. § 35.

[3]) Stübel, Tatbestand § 106 S. 132 ff.; vgl. auch NArch. Bd. 9 S. 555 ff., 565.

gebung des Rechts auf Leben von seiten des Getöteten den Begriff des Verbrechens einer Tötung auf."

„Ist ein Recht nach den positiven Gesetzen unveräußerlich, so bedeutet die Begebung eines solchen eine unmoralische Handlung, und derjenige, der davon Gebrauch macht, ist Teilnehmer derselben. ... alle Gesetze, die bloß unmoralische Handlungen und keine Rechtsverletzungen zum Gegenstande haben, sind Polizeigesetze,[1]) und die Übertretung derselben Polizeivergehungen. Diese Bewandtnis hat es mit der Entsagung des Rechts auf Leben." Mittermaier[2]) identifizierte die Begriffe Verzicht oder Einwilligung. Den juris-publici-Charakter des Strafrechts betonend, charakterisiert auch Wessely[3]) die Einwilligung als Verzicht: „Es handelt sich im Strafrecht wesentlich um das der Privatverfügung entzogene öffentliche Recht. Ist daher das Recht, auf welches die verletzende Handlung gerichtet ist, von der Art, daß eine rechtliche Verfügung darüber vorhanden ist, und ist darauf auch wirklich rechtsgültig verzichtet worden, so hat es als solches zu sein aufgehört. Die darauf gerichtete, an sich verletzende Handlung ist keine

---

[1]) Auf eine ausführliche Darstellung der begrifflichen Differenzierung „Rechts- und Polizeivergehen" darf, da sie gegenstandslos für die Gesichtspunkte unserer Betrachtung und ohne selbständigen wissenschaftlichen Wert ist, verzichtet werden.

[2]) Mittermaier in GoltdArch. Bd. 9 S. 440.

[3]) Wessely in ÖsterrVJSchr. Bd. 1 S. 219.

rechtswidrige, weil kein Recht besteht, daher kein Verbrechen".

So gelangt auch Wessely zur Unterscheidung veräußerlicher und unveräußerlicher Rechte. Auch Binding,[1]) der verschiedene Bedeutungen der Einwilligung anerkennt, erblickt in ihr einen Rechtsverzicht, eine einseitige Aufgabe des Rechts im Falle der Übertragbarkeit des Rechts. Streng konsequent konstruieren Berner und Schütze. „Verzichtbar sind" — nach Schütze[2]) — „nur erworbene Einzelrechte, und zwar solche, die reine Rechte sind, d. h. nicht Recht und Pflicht untrennbar enthalten. Freiwilliges Aufgeben des unverzichtbaren Gutes durch eigene Handlung" — Schütze meint damit die Selbstverletzung — „enthält daher eine Auflehnung wider die Rechtsordnung, welche indes aus naheliegenden Gründen das heutige positive Recht für nicht strafrechtswidrig erklärt." Der wesentliche Gesichtspunkt ist der der Dereliktion: nur soweit diese möglich ist, wird das Verbrechen ausgeschlossen; was bei den reinen Einzelbefugnissen des Vermögens zutreffe und „bei der Freiheit, mit Bezug auf ein vermögensrechtliches Handeln, Dulden und Unterlassen". Nach Berner[3]) darf man „ein Recht nicht aufgeben, wenn man dadurch die Rechte anderer verletzen würde ... auch nicht verzichten auf solche

---

[1]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 713 Ziff. 2.

[2]) Schütze a. a. O.

[3]) Berner a. a. O. S. 96.

Privatrechte, welche eine Bedingung der sittlichen Natur des Menschen bilden". Ihre scharfe Präzisierung erhielt diese Lehre durch Hertz[1]: „Soll eine Verletzung auf Grund eines Verzichts rechtmäßig sein, so muß dieser natürlich jener zeitlich vorangehen", und an anderer Stelle: „Derelinquieren kann man natürlich nur eigene Interessen".[2] Auch Ortmann spricht von einem Verzicht auf das Leben[3] von der „Objektivierung des Verzichtleistungswillens",[4] durch die der Untergang des Rechts herbeigeführt werde. Er deduziert weiter: „Die Existenz eines subjektiven Privatrechts ist dadurch bedingt, daß sich an das Fortbestehen ein Sonderinteresse des Berechtigten knüpft. Das betreffende Sonderinteresse kommt nun aber in Wegfall, sobald der Berechtigte seine Absicht, auf das fragliche Recht zu verzichten, objektiviert. Denjenigen, der darin einwilligt, daß er von einem andern eingesperrt werde, verbleibt die rechtliche Möglichkeit, nicht eingesperrt zu werden, da er ja die Einwilligung jederzeit widerrufen kann. Gleichwohl verliert er aber das Recht der persönlichen Freiheit bis zu dem Zeitpunkte des Widerrufs".

Diese Konsequenzen enthalten bereits das Gegenargument, beweisen die Unhaltbarkeit dieser Lehre. Die Einwilligung in die Verletzung stellt einen Verzicht

---

[1]) Hertz a. a. O. S. 107 ff.

[2]) Hertz a. a. O. S. 113, 116.

[3]) Ortmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 104, 116, 117.

[4]) Ortmann in GoltdArch. Bd. 26 S. 195, 198.

dar, der den Untergang des Rechts gegenüber dem Verletzenden bewirkt, aber gleichwohl jederzeit durch Widerruf seiner Wirkung entkräftet werden kann. Das verlorene Recht, dem inzwischen die Rechtsgutqualität ermangelte,[1]) erlangt dann der Träger unverändert in seiner früheren Gestalt wieder. Der zivilrechtliche „Verzicht" mußte somit seiner begrifflichen Merkmale und Eigenschaften entkleidet werden, um einen für kriminalistische Vorstellungen tauglichen Begriff abzugeben. Schon dieses Erfordernis bezeugt die Unmöglichkeit, mit Hilfe zivilrechtlicher Begriffe Probleme des Kriminalrechts zu lösen. Wer einem andern die Wegnahme einer ihm gehörenden Sache gestattet, verzichtet damit nicht ohne weiteres auf sein Eigentum; wer in eine Freiheitsberaubung willigt, verzichtet damit nicht im technischen Sinn auf sein „Recht" der Freiheit. Gerade daß im Fall des Widerrufs diese Rechtsgüter Objekte für einen rechtswidrigen Angriff darstellen, beweist, daß der Träger nicht auf sie verzichtete.[2])

Unklar sind Kroneckers[3]) begriffliche Formulierungen, der in der Einwilligung einen Verzicht auf einen Teil der Rechtssphäre des Berechtigten erblickt und an späterer Stelle[4]) unter Einwilligung einen

[1]) vgl. Ortmanns Ausführungen in GoltdArch. Bd. 26 S. 200.

[2]) vgl. dazu Fischer, Rechtswidrigkeit S. 271.

[3]) Kronecker im GerS. Bd. 35 S. 219 ff., bes. S. 221.

[4]) Kronecker a. a. O. S. 222.

Verzicht auf die Strafe begreift. Diese Konstruktion erinnert an einen Versuch Hepps,[1]) der die Bedeutung der Einwilligung in einem Verzicht auf die Strafe ante factum erblickte und daher Wirkungslosigkeit postulierte, außer in den Fällen, wo das invito laeso Merkmal des Tatbestandes sei. In neuerer Zeit erkennen Hartmann,[2]) Breithaupt,[3]) Zimmermann[4]) und Schaper[5]) bei den Antragsdelikten in der vorhergehenden Einwilligung einen Verzicht auf die Strafverfolgung. Die völlig verschiedene Rechtsnatur der Einwilligung und des Antragsrechts — dieses lediglich eine Bedingung der subjektiven Strafberechtigung, jene in den Fällen ihrer Wirksamkeit ein den Deliktsbegriff ausschließendes Moment — verbietet diese Relation.

Eine andere Richtung in der Doktrin erblickte in der Einwilligung einen Vertrag, durch den ein Recht zur Verletzung für den Täter begründet wird. So meint

---

[1]) Hepp im NArch. Bd. 11 S. 65 ff., bes. S. 258. Kaum zutreffend bezeichnet Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 199 Hepp als Vorläufer Bindings. Entschiedene Gegner fand Hepp in Luden, Abhandl. Bd. 2 S. 427; Schütze, Lehrb. § 33 Anm. 7; besonders Hälschner, System Bd. 1 S. 235.

[2]) Hartmann in GrünhutsZ. Bd. 27 S. 766.

[3]) Breithaupt, Volenti S. 63.

[4]) Zimmermann in GoltdArch. Bd. 29 S. 442.

[5]) Schaper in Holtzendorffs Handb. Bd. 2 S. 228. Von einem Verzicht auf den Rechtsschutz im Falle der Einwilligung spricht Dohna, Rechtswidrigkeit S. 147.

Luden,[1]) wenn eine Verletzungshandlung infolge einer Einwilligung straflos sei, „könnte sie es nur darum sein, weil der Einwilligende durch die Einwilligung sein Recht verloren, und der Handelnde das Recht erhalten hätte, die verletzende Handlung vorzunehmen". Hälschner[2]) findet in der Einwilligung die Übertragung einer rechtlichen Dispositionsbefugnis: „mittels der Einwilligung des Berechtigten kann die Befugnis, über seine rechtlichen Güter zu verfügen, sie zu beschädigen, auf andere nur übertragen werden, sofern es sich um Rechte handelt, die ihrem Wesen nach als Gegenstände des rechtlichen Verkehrs veräußerliche, übertragbare sind, d. h. Vermögensberechtigungen". Auch Binding[3]) erkennt die Bedeutung der Einwilligung „in der Übertragung eines Rechtes oder der Ausübung eines Rechtes seitens des sogen. Verletzten auf den Verletzer, kraft welchen Aktes dieser oder sein Rechtsnachfolger das subjektive Recht zur Vornahme der sogen. verletzenden Handlung erhält. Dieser Akt ist stets Rechtsgeschäft, kann also rechtsgültig nur von solchen vorgenommen werden, denen die Fähigkeit zu solchen Rechtsgeschäften beiwohnt".

Während Binding und Hälschner nur bei übertragbaren Rechten in der Einwilligung einen rechts-

---

[1]) Luden, Handb. S. 318, vgl. S. 316 Anm. 4; ebenso konstruiert Grolmann, Grundsätze § 26.

[2]) Hälschner, System § 62, Strafrecht S. 469.

[3]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 713.

konstituierenden Akt, ein Rechtsgeschäft erblickten, und nach ihnen Finger[1]) in gewissen Fällen eine Ermächtigung zur Vornahme einer Handlung, „die Konstituierung eines Rechtes für einen anderen, der es bisher nicht hatte“ erkannte, versuchte Zitelmann unter analoger Verwendung zivilrechtlicher Normen die Einwilligung stets als Vertrag zu konstruieren und sie den privatrechtlichen Vorschriften über Verträge zu unterstellen. Gerland[2]) erklärt diesen Versuch, trotz entschiedener Gegnerschaft, als weitaus wertvollsten Beitrag seit Keßler; Frank[3]) und Fischer[4]) sind Anhänger dieser Lehre.

Zitelmanns Beitrag bedeutet einen interessanten Lösungsversuch; niemals eine definitive Lösung des Problems. Zitelmann zog die letzten Konsequenzen aus der mit zivilistischen Analogien arbeitenden Technik. Die Einwilligung stellt einen Vertrag dar,[5]) „der Schuldner solle eine Handlung, die einen Eingriff in seine körperliche Integrität oder seine Freiheit enthält, an sich vornehmen lassen“. Durch einen solchen Vertrag wird für

---

[1]) Finger, Lehrb. S. 414/15 und Strafrecht S. 653. An dieser Stelle wird es als Fehler von v. Liszt gerügt, daß er die Heranziehung privatrechtlicher Gesichtspunkte durchaus ablehne.

[2]) Gerland, Selbstverletzung S. 500 (Gerland gibt eine brauchbare Kontroversenzusammenstellung).

[3]) Frank, StGB. S. 109ff.

[4]) Fischer, Rechtswidrigkeit S. 271ff.

[5]) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 46, 51ff.

den Schuldner die Pflicht begründet, die Handlung zu gestatten. „Der Einwilligende will dem Gegner die Befugnis einräumen, die Handlung vorzunehmen, wennschon in widerruflicher Weise ... er will ihm ein subjektives Recht zu dieser Handlung, ein Ermächtigungsrecht geben.“ [1]) Die Analogie des Privatrechts versagt an dieser Stelle, und Zitelmann wird gezwungen, ein dem Vertragsbegriff fremdes Element, die Widerruflichkeit, in seine Definition aufzunehmen.[2]) Die Rechtswidrigkeit der Handlung entfällt durch die Rechtskonstituierung, nicht als unmittelbare Folge der Einwilligung. Voraussetzung für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Privat- und Strafrecht ist, „daß die Einwilligung als Rechtsgeschäft überhaupt wirksam ist“.[3]) Denn „erkennt man die Einwilligung als Rechtsgeschäft an, so muß man sie folgeweise auch nach allen Richtungen hin den für die Rechtsgeschäfte überhaupt

---

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 53 ff., bes. S. 55/56.

[2]) Mit Recht weist Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 198 (Holer, Einwilligung S. 81 zitiert Klee) darauf hin: „Der strafrechtlichen Einwilligung fehlt das dem Vertrage eigene Zukunftselement, kraft dessen auf Grund einer gegenwärtigen Einwilligung in der Zukunft vorgenommene Willensbejahungen trotz erfolgten Widerrufs der stillschweigend erteilten Einwilligung den Charakter unerlaubter Willensverneinung verlieren“. Holer S. 83 „Ihr (sc. Einwilligung) fehlt eben das, was dem Vertrag, der zivilrechtlichen Einwilligung wesentlich ist: die Bindung des Willens in die Zukunft“.

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 65.

geltenden Grundsätzen unterstellen, insbesondere muß man verlangen, daß sie allen Erfordernissen entspreche, die für Rechtsgeschäfte überhaupt gelten".

So verlangt Zitelmann[1]) eine Willenserklärung, für welche die allgemeinen Grundsätze der §§ 116 ff. BGB. maßgebend sind, und im Zusammenhang damit volle Geschäftsfähigkeit,[2]) um der Einwilligung rechtliche Bedeutsamkeit zu geben; weiter die Anwendung der §§ 134 ff. BGB. Diese Grundsätze bedingen praktisch unhaltbare Resultate: die Einwilligung eines Minderjährigen in eine leichte Körperverletzung, z. B. bei Sport- und Bewegungsspielen, bedürfte der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, um wirksam zu sein, während das Strafgesetz im § 65 bereits dem 18jährigen ein selbständiges Antragsrecht gewährt, es also in dessen Belieben stellt, ob er eine Bedingung für die staatliche Strafberechtigung setzen will.[3]) Die Anfechtungsgrundsätze bei Willensmängeln würden bei analoger Anwendung Konsequenzen ergeben, die unerträglich und unanwendbar sind.[4])

---

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 62 ff.

[2]) Ebenso Frank a. a. O. S. 110; and. A. Fischer S. 277 a. a. O.

[3]) Auf diesen offenbaren Widerspruch macht Gerland a. a. O. S. 500 aufmerksam, in ihm das Hauptargument gegen die Zitelmannsche Lehre suchend; ebenso Fischer a. a. O. S. 278.

[4]) z. B. die Ausschlußfristen des § 121 BGB. Die analoge Anwendbarkeit des § 184 BGB. verneint Zitelmann allerdings.

Auch dann ist nach Zitelmann[1]) die objektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wenn der Täter als negotiorum gestor in den Grenzen der §§ 677 ff. BGB. handelte und die Geschäftsführung nach Übernahme und Ausführung nützlich war. Aus dem Gesichtspunkt nützlich übernommener Geschäftsführung (§ 679 BGB.) rechtfertigt Zitelmann und ihm folgend Ahrens Eingriffe in das Eigentum und den Körper des Selbstmörders.[2])

Die Frage nach der Gültigkeit der Einwilligung beurteilt sich nach allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. In gleicher Weise konstruiert Frank[3]): „Ist es hiernach gültig (sc. das Rechtsgeschäft), so beseitigt die Einwilligung die Rechtswidrigkeit. Ist es ungültig, so bleibt die Rechtswidrigkeit bestehen. Ungültig aber ist

---

Ebenso Ahrens, Geschäftsführung S. 65, 69, 74 und Brückmann in ZStW. Bd. 24 S. 687 Anm. 42.

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 102 ff., bes. S. 104; ebenso Fischer a. a. O. S. 281 ff.; Frank a. a. O. S. 111 ff.; Ahrens a. a. O.

[2]) Zitelmann a. a. O. S. 119 ff.; Ahrens a. a. O. S. 38; dagegen Fischer a. a. O. S. 170. Von den BGB.-Kommentatoren ist es besonders Planck, der sich in entschiedenen Gegensatz zu Zitelmann stellt. Komm. Bd. 2 S. 682/83: Da es bei der negotiorum gestio an einer Bestimmung ähnlich der des § 904 fehle, sei keine Modifikation allgemeiner Grundsätze anzunehmen. „Aus diesem ergibt sich, daß die Verletzung einer der in § 823 BGB. bezeichneten Rechtsgüter oder Rechte objektiv widerrechtlich ist, auch wenn sie zum Zweck der Geschäftsführung erfolgt . . .“

[3]) Frank a. a. O. S. 109/10.

das Rechtsgeschäft, wenn es vom Recht für unwirksam erklärt oder gar verboten wird, und wenn es gegen die guten Sitten verstößt ... Die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten tritt namentlich dann auf, wenn sich die Handlung nicht gegen ein subjektives Recht im eigentlichen Sinne, sondern nur gegen ein Rechtsgut wendet. Aus diesen Gründen ungültig ist die Einwilligung in eine schwere Körperverletzung, um tauglicher zum Betteln zu werden".[1])

Es wurde bereits ausgeführt, daß es einer Veränderung des zivilrechtlichen Vertragsbegriffes bedurfte, um ihn überhaupt auf die Einwilligung anwendbar erscheinen zu lassen, daß die unvermeidlichen extremen Konsequenzen bei analoger Anwendung privatrechtlicher Vorschriften ein gewichtiges Gegenargument gegen die Zitelmannsche Lehre bedeuten; ihre eigentliche Ablehnung muß sie jedoch in der Erwägung finden, daß sie eine schwere begriffliche Verwirrung durch die Einfügung zivilrechtlicher Normen in einen Normenkomplex des öffentlichen Rechtes zur Folge hat, wenn die Strafbarkeit eines Tatbestandes an die nach zivilistischen Grundsätzen zu prüfende Gültigkeit eines Einwilligungsvertrages geknüpft wird. Es handelt sich im Strafrecht nicht um die rechtliche Beziehung von Individuum zu Individuum, nicht um Rechte, denen als logisches Korrelat

---

[1]) vgl. dazu Zitelmann a. a. O. S. 72; Fischer a. a. O. S. 274/75.

eine Pflicht entspräche, sondern um einseitig den Individuen auferlegte Pflichten, durch die ein Rechtsgüterschutz bewirkt wird. Gerade dies charakterisiert das Strafrecht als ius publicum. Das Strafrecht ist somit seiner ganzen Struktur nach ein für die Anwendung zivilrechtlicher Begriffe ungeeignetes Gebiet. Durch den Einwilligungsvertrag soll für den Verletzer auf der einen Seite ein Recht begründet werden, die verletzende Handlung vorzunehmen,[1]) ein Recht, dem alles ermangelt, was sonst das Wesen eines Rechtes bestimmt: die Sanktion, der Staatsschutz und die Erzwingbarkeit, mit dem Inhalt, eine strafbare Handlung begehen zu dürfen. Denn nicht durch die Einwilligung wird die Widerrechtlichkeit beseitigt, sondern weil ein Recht auf die Verletzungshandlung, auf die an sich strafbare Handlung, begründet wurde; denn wo ein Recht besteht, ist die Widerrechtlichkeit undenkbar. Dies sind die sehr anfechtbaren Deduktionen Zitelmanns,[2]) die in sich bereits eine Widerlegung der ganzen Lehre enthalten. Denn niemals kann ein Vertrag ein Recht auf eine strafbare Handlung begründen.

Auf der anderen Seite soll für den Einwilligenden eine Pflicht, die Handlung zu dulden, begründet werden,

---

[1]) Ebenso Ahrens a. a. O. S. 62: Durch die tatsächliche Zustimmung werde ein Recht begründet.

[2]) vgl. Zitelmanns eigene Worte a. a. O. S. 56: „...weil er ein Recht ausübt, kann nach dem früher Ausgeführten seine Handlung nicht widerrechtlich sein".

dadurch ausgezeichnet, daß sie jederzeit durch Widerruf der Einwilligung seitens des Verpflichteten aufgehoben werden kann. Auch dieser Zitelmannsche Pflichtbegriff, durch den Verpflichteten jederzeit behebbar, ist inhaltlos.

Das Strafrecht bildet seine spezifischen Begriffe. Zivilrechtliche in seinem Gebiete anwenden zu wollen, bedeutet eine Entstellung ihres Inhalts, eine logische Unmöglichkeit. Das positive Ergebnis, das wir für unsere Darstellung aus einer Betrachtung dieser Technik gewinnen, besteht in der Erkenntnis der Unmöglichkeit einer Lösung mit Hilfe zivilrechtlicher Analogien. Nur auf dem Boden des Strafrechts unter Verwendung der ihm eigenen Begriffe darf eine Lösung versucht werden.[1])

Aus der Straflosigkeit der Selbstverletzung, aus einer begrifflichen Indifferenz zwischen Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden suchte eine andere Technik die Lösung des Problems zu begründen.

Angewandt wurde sie in der Konstruktion der Verletzung eines Einwilligenden als Teilnahme an einer Selbstverletzung. Stübel[2]) beobachtete diese Technik, um die Straflosigkeit der Tötung eines Einwilligenden

---

[1]) Die Zulässigkeit zivilrechtlicher Normen zum Zweck der Problemlösung verneinen unter anderen Keßler, Einwilligung S. 27; Gerland a. a. O. S. 505; Seydel, Einwilligung S. 24; Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 193; v. Liszt S. 160; Holer a. a. O. S. 80/81; Wach, Grundriß S. 63; Mannheimer, Einwilligung S. 20.

[2]) Stübel, Tatbestand S. 134.

bejahen zu können: „Derjenige, welcher sich von einem anderen töten läßt, begehet ebensowohl einen Selbstmord, als wenn er selbst Hand an sich legt. Und der andere, welcher den Wunsch des ersten in Erfüllung bringt, macht sich keineswegs des Verbrechens der Tötung schuldig, sondern nur des Selbstmordes teilhaftig". Ebenso konstruierten Tittmann,[1]) Henke[2]) und Dorn.[3])

Auch Roedenbeck[4]) glaubt, ein prinzipieller Unterschied zwischen Tötung eines Einwilligenden und Selbstmord sei nicht zu finden. Der Tötende erscheine dem Einwilligenden gegenüber nur als Werkzeug; um den Tod zu erreichen, bediene er sich nur des Willens eines anderen. „Man muß eben, um zu dem richtigen Ergebnis zu kommen, den Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden vom Standpunkt des Getöteten aus und nicht von vornherein nur die Handlung des Tötenden in Beziehung auf den gemeinen Mord betrachten."

Ähnliche Ausführungen finden sich bei Klee[5]): „Strafrechtlich sind Beihilfe zur Selbstverletzung und

---

[1]) Tittmann, Handb. § 149.

[2]) Henke, Handb. Bd. 1 § 38 S. 231.

[3]) Dorn in GoltdArch. Bd. 1 S. 332. Einen Zusammenhang glaubten zu erkennen Köstlin, Revision S. 685; Berner, Lehrb. § 83; Ortmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 115.

[4]) Roedenbeck, Zweikampf S. 34.

[5]) Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 255/56; vgl. auch GoltdArch. Bd. 48 S. 177 ff.

Verletzung des Einwilligenden um deswillen wesensgleich, weil beiden das Fehlen einer strafbaren Willensverneinung gemeinsam ist. Ob nun der Anstifter zur Selbstverletzung selbst handelt, indem er den Einwilligenden verletzt, von dessen Standpunkt die mit seiner Einwilligung geschehene Verletzung als Selbstverletzung erscheint, oder ob der Angestiftete handelt — das äußere Bild der Handlung kommt nicht in Betracht, vielmehr allein die geistige Beziehung der beiden Personen zur Handlung". Und an anderer Stelle[1]): „Vom Standpunkt des Verletzten stellt sich die Verletzung eines Einwilligenden als Selbstverletzung dar". Klee, der seine gesamten Deduktionen auf den Unterschied zwischen ethischer und physischer Verletzung gründet, mußte unter diesem Gesichtspunkt zu einem begrifflichen Parallelismus gelangen: „Hieraus folgt ebenso wie die Straflosigkeit der reinen, d. h. sich auf das eigene Selbst beschränkenden Selbstverletzung die strafrechtliche Irrelevanz der Verletzung eines Einwilligenden ... wer einen anderen mit dessen Einwilligung verletzt, verletzt ihn nur physisch, nicht aber ethisch, da die der ethischen Verletzung wesentliche Willensverneinung fehlt".[2])

Nur einen formalistischen Unterschied zwischen

---

[1]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 177; vgl. dagegen Holer a. a. O. S. 19.

[2]) Klee a. a. O. in GoltdArch. Bd. 48 S. 177. Eine Wertung dieser unter der unverkennbaren Influenz Schopenhauers gebildeten Begriffe wird unten versucht werden.

Beihilfe zum Selbstmord und der Tötung eines Einwilligenden vermag Holtzendorff[1]) zu erkennen: „Wer sich selbst tötet und dazu sogar die Beihilfe anderer in Anspruch nehmen darf, kann sein Leben auch durch andere vernichten lassen". Zutreffend ist die Bemerkung: „Zwischen der völlig straflosen Beihilfe zum Selbstmord und der Tötung eines Einwilligenden liegen tatsächlich sehr unklare und allmähliche Übergänge"; falsch dagegen: „Es kann öfters zweifelhaft sein, ob das eine oder das andere vorliegt".[2]) So findet Holtzendorff die eigentliche Begründung der Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden in der strafrechtlichen Irrelevanz einer Selbstverletzung und die Rechtfertigung einer Strafdrohung des § 216 StGB. in der Gefährdung des Interesses der Sicherheit, zu deren Schutz „ein äußeres Verbotsgesetz die Strafbarkeit konstituieren" kann.

Auch Ullmann erwähnt in seiner Darstellung gleiche Gesichtspunkte.[3]) Am konsequentesten wandte Keßler diese Technik an in seiner Monographie über die „Einwilligung des Verletzten". Das Wesen des Strafrechts erkennt Keßler in einem Interessenschutz; in wessen Interesse das praeceptum legis erlassen ist, zeigt, wer der Verletzte in seinem Sinn ist. Denn

---

[1]) Holtzendorff, Handb. Bd. 3 S. 445.

[2]) Holtzendorff a. a. O. S. 448; dagegen Holer a. a. O S. 126.

[3]) Ullmann im GerS. Bd. 37 S. 529 ff., bes. S. 536.

„durch ein Verbrechen verletzt ist derjenige, dessen Interesse durch die bezügliche Strafbestimmung geschützt werden sollte. Der Begriff des Verletzten ruht somit auf dem Begriff des Interesses".[1]) In einer Exegese der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen glaubt Keßler den Destinatär des Interessenschutzes unter Berücksichtigung gewisser Kriterien finden zu können, z. B. daraus, daß das Gesetz die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache unter Strafe gestellt hat, „denn hieraus folgt, daß sein alleiniger Zweck darin besteht, das Interesse des Eigentümers zu schützen ... Da nun das allein geschützte Interesse des Eigentümers nicht nur nicht verlangt, daß die mit seinem Willen vorgenommene, auf Beschädigung seiner Sache abzielende Handlung verboten sei, sondern geradezu deren gesetzliches Gestattetsein erheischt, so ist die mit Einwilligung des Eigentümers verübte Sachbeschädigung straflos".[2]) Keßler formuliert folgenden Grundsatz[3]): „Wenn eine

---

[1]) Keßler a. a. O. S. 49.

[2]) Die Begriffe Erlaubt und Verboten sind sehr unklar verwandt. Vgl. dazu Wach im GerS. Bd. 25 S. 453: „Der Staat verbietet vieles nicht, weil er genügenden Grund für Strafe oder anderweitige Rechtsfolge nicht vorfindet, hütet sich aber wohl, ihm die Sanktion der Erlaubnis zu geben. Erlaubt ist das Nichtverbotene nur insofern, als es einer rechtlichen Reaktion nicht ausgesetzt ist, nicht erlaubt insofern, als ihm die staatliche Anerkennung und der Staatsschutz mangelt ...".

[3]) Keßler a. a. O. S. 68.

gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten ist, so liegt hierin ein vollgültiger Beweis dafür, daß das Interesse nur dieses einen Individuums geschützt sein soll, daß folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei". Der begriffliche Zusammenhang der Selbstverletzung und der Verletzung des Einwilligenden, auf dem Keßler seine Deduktionen fundiert, wird leichter erkennbar bei der Körperverletzung dargestellt.[1]) Hier genüge ein Blick auf die Definition der strafbaren Körperverletzung als Verletzung eines anderen, um zu erkennen, daß nur das Interesse des unmittelbar betroffenen Individuums durch die §§ 223 ff. StGB. geschützt werden soll.[2])

Im andern Fall sei ein Grund unerfindlich, warum der Gesetzgeber nicht die Selbstverletzung verbot, um andere Interessen zu schützen. Auch bei der falschen Anschuldigung des § 164 StGB., die Keßler im Fall der Einwilligung für straflos erachtet, findet sich der gleiche Gesichtspunkt, die gleiche Technik. Es folge aus § 165, „daß dieser nur die Sicherung des einzelnen gegen die schwere Gefahr falscher Denunziation bezweckt, daß mithin eine solche Handlung, wenn gegen

---

[1]) Keßler a. a. O. S. 72/73.

[2]) Gegen dieses Argument Kiehl in GoltdArch. Bd. 54 S. 263. Befremdend wirkt, daß auch Olshausen, Komm. S. 878 § 223 Nr. 9 dieses Argument zum Beweis der Straflosigkeit der Körperverletzung mit Einwilligung heranzieht.

einen Einwilligenden verübt, ebensowenig wie eine falsche Selbstanzeige aus diesem Paragraphen bestraft werden kann".[1]) Keßler spricht hier von einer frappanten Kongruenz der Selbstverletzung und der Verletzung eines Einwilligenden.

Eine Formel, die die Kongruenz dieser Begriffe aussprach, bedeutete für Keßler die Lösung des Problems; denn nur, wenn eine gewisse Handlung allen mit Ausnahme eines einzigen Individuums verboten, mit anderen Worten, wenn die Selbstverletzung unverboten, „gesetzlich gestattet" ist, so ist dies ein Beweis dafür, daß nur das Interesse dieses einen Individuums geschützt werden soll, „daß folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei".

Es müssen diese Deduktionen etwas sehr Bestechendes und leicht Überzeugendes an sich tragen, da es sonst kaum erklärlich wäre, daß dieser Fundamentalsatz der Keßlerschen Lehre niemals in der Literatur ernstliche Widerlegung erfahren hat, außer in der Holerschen Schrift,[2]) die zutreffend auf eine Vermengung von formellem und inhaltlichem Recht aufmerksam macht: „Deutlich bemerken wir hier die Vermengung der formellen und inhaltlichen Seite des Rechts. Das Gesetz gibt nur ein Nichtverbotensein, daraus schließt Keßler

[1]) Keßler a. a. O. S. 68ff.

[2]) Holer a. a. O. S. 125. Auch Bindings Polemik (Handb. S. 712/13) trifft den eigentlichen Kernpunkt des Keßlerschen Fehlschlusses nicht.

sofort auf ein Geschütztsein der Interessen, während das Gesetz doch selbst darüber nichts sagt, sondern höchstens dessen Motive darüber Auskunft geben könnten". Mit Recht bemerkt Holer[1]): „Dem rein negativen Begriff des Mangels einer Rechtswidrigkeit wird der positive des Berechtigtseins untergeschoben; aus dem ‚nicht rechtswidrig' schließt er auf eine Dispositionsbefugnis, während man daraus doch nur die rechtliche Indifferenz entnehmen darf".

Aus der rechtlichen Indifferenz der Selbstverletzung will Keßler die Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden ableiten. Unbewiesen bleibt dabei die Kongruenz beider Begriffe. An dieser Stelle ist der eigentliche Fehler der Keßlerschen Deduktion zu suchen. Die beiden Begriffe, der der Selbstverletzung und der der Verletzung eines Einwilligenden, sind nicht „wesensgleich" oder gleichwertig vom Standpunkt des Verletzten aus, so sehr auch die Empirie diese Vorstellung zu rechtfertigen scheint, sondern nach Umfang und Inhalt streng voneinander geschieden. Das Delikt begeht der dem Einwilligenden Gegenüberstehende, nicht jener. Die Selbstverletzung beruht in der Identität von Subjekt und Objekt der Verletzung, während die Verletzung eines Einwilligenden die Verletzung eines anderen bedeutet. Aus dem gleichen Grunde wird der Verletzende nicht zum Teilnehmer an einer Selbstverletzung des

---

[1]) Holer a. a. O.

Einwilligenden. Die Teilnahme an einer Selbstverletzung hat wiederum Identität von Täter und Verletztem zur Voraussetzung; die Verletzung eines Einwilligenden zwei Willen, „aber nicht entgegengesetzte, sondern vielmehr auf dasselbe Ziel gerichtete, parallel laufende Willen".[1])

Diese Begriffe einander gleichsetzen und auf ihre angebliche Kongruenz die Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden gründen zu wollen, bedeutet im Versuch eine logische Unmöglichkeit und im Ergebnis einen Fehlschluß.[2]) Die Technik, die, nur von wenigen Schriftstellern angewandt, die Lösung in negativem Sinne

---

[1]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 178.

[2]) Gut Binding, Handb. S. 700 Anm. 18: „Die Frage nach dem Wesen der Selbstverletzung und nach dem der Verletzung Einwilligender hat nichts miteinander zu tun". Ebenso v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 47: „Es besagt dagegen nichts, wenn das Recht sich der Selbstverletzung gegenüber indifferent verhält, denn die Selbstverletzung ist weit weniger gefährlich. Man kann schließen: Ist eine gewisse Handlung mit Zustimmung des Verletzten nicht strafbar, so ist es auch die gleiche Handlung als Selbstverletzung. Der umgekehrte Schluß ist fafsch". Vgl. Kohler a. a. O. S. 125; Wach, Grundriß S. 33; Schmidt, Grundriß § 44. Falsch v. Liszt S. 160: „Die Selbstverletzung sollte grundsätzlich ebenso beurteilt werden, wie die mit Einwilligung des Verletzten von einem Dritten begangene Handlung. Denn hier wie dort handelt es sich um die rechtliche Bedeutung der von dem Träger des Rechtsgutes ausgehenden Verfügung über dieses. Doch hat das Gesetz von nebensächlichen Gesichtspunkten geleitet die Grenzlinien dort vielfach anders bestimmt als hier". Falsch Lilienthal, Pflichtmäßige Handlung S. 32.

mit der Betonung des iuris publici-Charakters des Strafrechtes, der keine wirksame Einwilligung zulasse, versuchte, bedarf keiner eingehenden Erörterung, weil ihre Betrachtung für eine Lösung im positiven Sinne wertlos ist und in neuerer Zeit, soweit ersichtlich, keine Verfechter findet.

Drittes Kapitel.

Rechtswidrigkeit und Strafnorm.

Der Weg für die eigentliche Untersuchung ist damit bezeichnet; unabhängig vom Begriff der Selbstverletzung und von aprioristischen Prinzipien, auf dem Boden des Strafrechts jenseits zivilrechtlicher Normen muß eine Lösung versucht werden.

Die strafbare Handlung, das Verbrechen, gekennzeichnet durch die Eigenart der Rechtsfolge, die öffentliche Strafe, stellt den Konzentrationspunkt des Problems dar. Der Begriff Strafbarkeit bezeichnet die Pönalisierung einer Handlung durch das Gesetz, also zugleich die Rechtswidrigkeit der Handlung, die sich in der Unrechtsfolge der Strafe erschöpft. So scheint von beiden Begriffen „Strafbarkeit“ und „Strafrechtswidrigkeit“ jeder den Inhalt des anderen auszumachen.[1]) Auch eine praktische Differenz zwischen zivilem und strafbarem Unrecht ist unverkennbar. Der Wille des Verletzten ist entscheidend für die zivile Rechtsfolge. „Es

[1]) vgl. dazu Kitzinger, Rechtswidrigkeit S. 63.

liegt in seiner Hand, ob er das Unrecht durch Vernichtung der gesetzlichen Folgen wirkungslos machen und damit aus dem Wege räumen will.“ [1]) Ohne Rücksicht darauf tritt die kriminelle Unrechtsfolge ein. Bevor nicht eine Handlung unter Strafandrohung gestellt ist, ist sie auch nicht rechtswidrig, weil sie keinen Eingriff in die Rechtsordnung bedeutet.[2]) „Es ist durchaus indifferent, ob eine Handlung vor ihrer Pönalisierung normwidrig oder gestattet war.“ Den Grund der Pönalisierung bildet die aprioristische Strafwürdigkeit einer Tat, die darin liegt, „daß sie schuldhaft den Staatszwecken und Interessen in einer Weise widerstreitet, die den Beruf, zu strafen, begründet“. „Die Strafbarkeit richtet sich nach den Aufgaben des Staates und der Bedeutung, welche eine Unterlassung oder Begehung für dieselben besitzt.“ [3]) Mit der Erkenntnis, daß Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit sich gegenseitig bedingen, daß beide Begriffe den gleichen Inhalt haben, ist für das vielumstrittene Problem der Rechtswidrigkeit wenig gewonnen. In neuerer Zeit haben sich die bedeutungsvollen Monographien von Hold, Nagler, Dohna und Fischer wiederum dem Problem zugewandt und von neuem gezeigt, wie verwirrt der Begriff „rechtswidrig“ in der gesamten Literatur ist,

[1]) Wach im GerS. Bd. 25 S. 451.

[2]) vgl. dazu Wach a. a. O. S. 458/59. Die in diesem Sinne konstitutive Natur des Strafgesetzes betont auch Holer a. a. O. S. 24.

[3]) Wach a. a. O. S. 460, vgl. Grundriß S. 55.

wie notwendig eine scharfe Formulierung, ein fest umrissener Inhalt erscheint.[1]) Die Schwierigkeit einer genauen Präzisierung liegt in der Natur des Begriffes selbst begründet. Der Begriff rechtswidrig gehört zu den „absoluten" Begriffen, denen im Gegensatz zu den „relativen" ein logisches Korrelat ermangelt. Wie der Begriff Objekt durch den Begriff des Subjektes als seines Korrelates bestimmt wird, ja wie nur der eine aus dem anderen und zugleich mit ihm verstanden werden kann, so steht dem Begriff „Recht" der der „Pflicht" gegenüber. Ein Recht ohne Pflicht ist ebensowenig wie eine Pflicht ohne Recht denkbar.[2]) Recht und Rechtswidrigkeit bilden jedoch keine logischen Korrelate und in dieser Gegenüberstellung keine relativen Begriffe. Zu den Kategorien rechtmäßiger und rechtswidriger Handlungen tritt die dritte der rechtlich indifferenten — ein deutliches Kriterium, daß der Begriff rechtswidrig unter die Zahl der „absoluten" zu zählen ist.[3])

Der Versuch von Dohna,[4]) die Begriffsdefinition der Rechtswidrigkeit aus dem Rechtmäßigen als „dem rechten Mittel zum rechten Zweck" zu gewinnen, be-

---

[1]) So stellt Hold im Anhang des ersten Bandes seiner Monographie: „Die Rechtswidrigkeit" 22 verschiedene Formulierungen des Begriffes „objektiv rechtswidrig" aus der Literatur zusammen.

[2]) vgl. Hold, Rechtswidrigkeit Bd. 1 S. 100, 110, 150, 276 und Wach in GrünhutsZ. Bd. 6 S. 554.

[3]) vgl. Hold a. a. O. S. 303.

[4]) Dohna, Rechtswidrigkeit.

deutet daher im Grunde nur die Einführung eines aprioristischen Prinzipes in ein System des objektiven Rechtes, ohne damit einen von subjektiver Wertung unabhängigen festen Begriff zu finden. Ein Verhalten, das der Idee des Rechtes widerspricht, wird als rechtswidrig charakterisiert;[1]) und andererseits liegt es nicht vor, „wenn sich die betreffende Handlung als berechtigte nach Maßgabe des aufgefundenen formalen Prinzipes (sc. rechtes Mittel zu rechtem Zweck) kennzeichnet".[2]) „Ein rechtswidriges Verhalten ist in erster Linie ein unrichtiges Verhalten, d. h. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zweck." Richtig bemerkt Hold[3]) dagegen: „Damit läuft man Gefahr, Handlungen zu bestrafen, die nach dem Willen des Gesetzgebers straflos bleiben sollen, und umgekehrt Handlungen straflos zu lassen, die nach der Absicht des Gesetzes zu bestrafen sind". Eine ähnliche Maxime hatte Heß[4]) in seinem Satze: „sapienter volenti non fit iniuria" und „insipienter nolenti non fit iniuria" aufgestellt. „Jemand unrecht tun, heißt ihm schaden, d. h. gegen seinen vernünftigen Willen handeln."[5]) [6]) Mit dieser Maxime glaubt Heß

[1]) Dohna a. a. O. S. 52.

[2]) Dohna a. a. O. S. 48.

[3]) Hold, Rechtswidrigkeit Bd. 2 S. 8.

[4]) Heß, Abhandlungen und Neue Thesen.

[5]) Heß, Abhandl. S. 43. Gegen die unrichtige Identifizierung von „Schaden" und „Verletzen" vgl. auch Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 249, vgl. auch S. 248—250.

[6]) Heß a. a. O. S. 44/45, Neue Thesen S. 47.

auch das Problem der Einwilligung gelöst zu haben. Nur dort, wo die Einwilligung eine vernünftige sei, sei sie imstande, die Strafe auszuschließen, weil dem Verletzten kein Unrecht geschehen sei. Zu seltsamen Meditationen gelangt Heß, um den seinen Thesen offenbar widersprechenden § 216 StGB. zu verwerten, Meditationen, die man mit vollem Rechte als Gegenargument gegen das gesamte Heßsche System verwenden könnte.[1]) Die Fragen, in welchen Fällen die Einwilligung vernünftig ist, ob durch eine Verletzung geschadet wurde und sich damit die Handlung als Unrecht kennzeichnete, bleiben ebenso ungelöst wie die, wer der kompetente Richter sein soll, um im einzelnen Fall darüber die Entscheidung zu treffen. Auch Dohnas Vorschläge, im konkreten Falle nach dem vorhandenen Material zu entscheiden, ob die Einwilligung vernünftig war oder nicht, unter dem Gesichtspunkt der „rechten Mittel zu rechtem Zweck", verhelfen nicht zu einer Lösung.[2]) Den Begriff der Rechts-

[1]) „Allein weil es außer menschlichen Kräften steht, zu ermessen, wann jener Wunsch (sc. zu sterben) ein vernünftiger ist, wann nicht, oder richtiger weil der deutsche Gesetzgeber seinen Untergebenen die Fähigkeit jenes zu ermessen nicht zutraute, oder wenigstens die Grenze nicht finden zu können glaubte zwischen denjenigen Personen, denen er diese Fähigkeit zutrauen durfte, und denjenigen, denen er sie nicht zutrauen durfte, so blieb ihm weiter nichts übrig, als jede Tötung eines Einwilligenden für ein Handeln gegen den vernünftigen Willen des Verletzten ... zu erklären" (Heß, Abhandl. S. 44).

[2]) vgl. Dohna a. a. O. S. 147, 150; Hold a. a. O. Bd. 2 S. 9.

widrigkeit aus einem andern, der nicht sein Korrelat darstellt, zu erkennen, erwies sich als Unmöglichkeit. Der absolute Begriff kann nur aus sich selbst definiert werden. Die neueren Monographien, die sich mit dem Problem der Rechtswidrigkeit befassen, verfolgen fast ausnahmslos die Tendenz, aus der Einheit der Rechtsordnung die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit abzuleiten, die Differenzierung zwischen zivilem und öffentlichrechtlichem oder kriminellem Unrecht als willkürliche aufzuheben; von der zivilen oder strafrechtlichen Reprobation zu abstrahieren und in der Rechtswidrigkeit nur das allgemeine Unwerturteil zu erkennen. Mit größter Konsequenz vertritt diesen Standpunkt Hold, der nur noch eine wesentliche Funktion des Rechtes auf allen Gebieten: „die Generalprävention“ [1]) und in der Rechtswidrigkeit eine „Pflichtwidrigkeit“ in dem ganzen Bereiche des Rechtes anerkennt. Mit der gleichen Prägnanz legen die Darstellungen von Fischer,[2]) Kitzinger[3]) und Nagler[4]) diesen Gesichtspunkt fest. Es bedeutet weniger eine prinzipielle Differenz als nur einen verschiedenen Standpunkt, die Strafrechtswidrigkeit von der Rechtswidrigkeit schlechthin zu trennen oder ohne Rücksicht auf die Unrechtsfolge die Abstraktion „rechtswidrig“ oder „normwidrig“ zu gebrauchen.

---

[1]) Hold a. a. O. S. 117 ff.

[2]) Fischer a. a. O. S. 115 u. 193.

[3]) Kitzinger, Rechtswidrigkeit S. 15.

[4]) Nagler, Rechtswidrigkeit S. 362 ff.

Bindings Normen hatten sich zum ersten Male mit dem Problem der Rechtswidrigkeit ausführlich auseinandergesetzt und mit der systematischen Unterscheidung von Norm und Strafgesetz weniger eine Lösung als eine Methode gebracht, die für die Erkenntnis des Wesens der strafbaren Handlung sich nicht so wertvoll erwies, als es anfangs manchem Schriftsteller scheinen mochte. Es steht außer Zweifel, daß die Normen für die Gestaltung des Problems der Einwilligung des Verletzten ohne Bedeutung sind, und es erübrigt sich daher, an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit Bindings Theorien zu versuchen.[1]) Nach Binding besteht alles Unrecht in der Normwidrigkeit;[2]) die Verletzung der präexistenten Norm ist rechtswidrig. „Rechts-, d. h. normwidrig muß die durch das Gesetz verpönte Handlung schon vor dessen Erlaß sein",[3]) so daß die Norm die Rechtswidrigkeit, das Strafgesetz erst die verbrecherische, die strafbare

---

[1]) Ermüdend wirkt es, wenn noch heute, zu einer Zeit, wo die Doktrin fast allgemein das Bindingsche Normensystem überwunden hat, Schriftsteller, wie beispielsweise Kiehl, bei der Darstellung der Einwilligung des Verletzten in einer längeren kritischen Würdigung der Normen im wesentlichen das wiederholen, was Wach bereits 1873 im GerS. Bd. 25 S. 437 ff. ausführte. Holds Ansicht, daß die große Bedeutung der Normen für die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in seiner polemischen Tendenz liege, dürfte nicht beizupflichten sein. Hold a. a. O. Bd. 1 S. 179.

[2]) Binding, Normen Bd. 1 S. 135.

[3]) Binding a. a. O. S. 55, vgl. S. 56.

Handlung schafft, und zwar muß die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein, so war Bindings Ansicht in der ersten Auflage seiner Normen: „es gibt nur verschuldetes und kein unverschuldetes Unrecht — was man das objektive Unrecht nennt, ist reiner Zufall".[1]) Die Begriffe objektiv und subjektiv rechtswidrig, die seit dem Erscheinen von Jherings Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) in die Literatur eingeführt wurden, verwarf Binding, um sich erst in der zweiten Auflage seiner Normen zu ihnen zu bekennen. Hier meint Binding[2]): „Schlechterdings unzulässig ist die Behauptung, alle Rechtsverletzung habe ihre Ursache in der menschlichen Handlung, oder abgeschwächt mindestens in der Betätigung menschlichen Willens, auch wenn sie keine Handlung sei. Was dem Delikte wesentlich, ist es nicht allem Unrechte".

So gelangt Binding dazu, auch Naturgewalten und Zufälle als Urheber von „Unrechtstatbeständen" anzusehen, sich damit auf die Seite der extremsten Verfechter der Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit stellend. „Unrecht oder Rechtswidrigkeit oder Rechtsverletzung nennen wir von jetzt alles einem subjektiven Rechte widerstreitende Verhalten und Geschehen."[3]) Die

---

[1]) Binding a. a. O. S. 175.

[2]) Binding a. a. O. (2. Aufl.) S. 301.

[3]) Binding a. a. O. 2. Aufl. S. 298; dagegen Hold a. a. O. Bd. 1 S. 362.

Existenz eines objektiven oder schuldlosen Unrechtes bejahen außer Jhering Wach,[1]) Hälschner,[2]) Thon,[3]) Fischer,[4]) Stooß,[5]) Nagler[6]) u. a., mit der Beschränkung, daß nicht blinde Naturgewalt, sondern nur der Wille Ursache einer Rechtswidrigkeit sein kann. So schließt Wach[7]) aus der rechtlichen Reaktion als solcher, welche niemals gegen rechtmäßiges, dem objektiven Rechte vollkommen entsprechendes Verhalten, noch gegen Naturmächte wirksam werde, auf die Existenz eines objektiven Unrechtes; ein weiteres Kriterium dafür sei „die ihm innewohnende Unfähigkeit, positiv rechtliche Wirkungen zu äußern und die Reaktion des Rechtes zu seiner Beseitigung ... wer schuldlos widerrechtlich ein Wahlrecht ausübt, wer amtliche Funktionen im guten Glauben sich anmaßt, vollzieht nichtige Akte. Also muß das doch wohl wider Recht, Unrecht sein".[8]) Aber nur, „wenn sich der Wille der Person als die Ursache des dem Rechte widersprechenden Zustandes darstellt", wenn also Zurechenbarkeit vorliegt, nimmt Wach objektives

---

[1]) Wach im GerS. Bd. 25 S. 446ff.
[2]) Hälschner, Strafrecht Bd. 1 S. 19.
[3]) Thon, Rechtsnorm S. 71ff., bes. S. 95.
[4]) Fischer, Rechtswidrigkeit S. 139.
[5]) Stooß, Strafrechtswidrigkeit S. 319ff.
[6]) Nagler, Teilnahme S. 81 und Rechtswidrigkeit S. 382.
[7]) Wach a. a. O. S. 447.
[8]) Wach a. a. O.

Unrecht an.[1]) Stooß[2]) findet im Zivil- und Polizeirecht Vorschriften, die ein Verhalten ohne Rücksicht auf Verschulden, also „objektiv“ verbieten.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten Merkel,[3]) Hold, und sich ihm anschließend Holer.[4]) Holds Lehre von der Rechtswidrigkeit gipfelt in dem Satze: „Rechtswidrig bezw. pflichtwidrig kann immer nur eine verbotene zurechenbare Handlung oder Unterlassung eines Menschen sein ... Der Begriff der Rechtswidrigkeit läßt eine Zerfällung in eine objektive und subjektive Seite schlechterdings nicht zu“.[5]) „Vielmehr ist die Rechtswidrigkeit immer zugleich subjektiv und objektiv; sie ist niemals Attribut eines rein äußerlichen Vorganges.“[6]) Nur wenn der Mensch schuldhaft einen Deliktstatbestand erfüllt, kennzeichnet sich die Handlung als rechtswidrig. Hold mußte zu diesem Ergebnis auf der Grundlage seines Systems gelangen, das mit bewundernswerter gedanklicher Konsequenz und Präzision aufgebaut ist, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß Hold seinem System zuliebe manche Konstruktionen

---

[1]) Wach a. a. O. S. 448.

[2]) Stooß a. a. O.; vgl. Gegenausführung bei Hold a. a. O. Bd. 2 S. 37.

[3]) Merkel, Abhandl. Bd. 1 S. 42ff.

[4]) Holer, Einwilligung S. 17, 20; vgl. dazu Hertz, Unrecht S. 1ff.

[5]) Hold a. a. O. S. 277ff.

[6]) Hold a. a. O. S. 389, vgl. S. 377 und Bd. 2 S. 6.

versuchte, die nur sehr schwache Stützpunkte aufweisen. Es wird bei der Darstellung der Norm ausführlicher darauf eingegangen werden. Wer sich den Holdschen Synthesen über die Norm und die Adressaten der Norm anschließt, muß notwendig die begriffliche Trennung von objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeit verneinen.

Geringere doktrinäre Bedeutung hat die Scheidung des Begriffes Rechtswidrigkeit in formelle und materielle gewonnen. Anhänger dieser Lehre sind unter anderen Dohna[1]) und Stooß.[2]) Erst das Zusammentreffen formeller und materieller Rechtswidrigkeit soll die Strafe auslösen. Inwieweit sich diese Begriffe mit denen des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit schlechthin decken und daher verwischt sind, ist hier nicht zu untersuchen.

Binding[3]) hatte geglaubt, daß das Unrecht sich nur aus dem Recht erklären lasse, welches auf der Souveränität des gesamten Willens gegenüber dem Einzelwillen beruhe, und wies damit den Weg, eine Begriffsbestimmung auf rechtlicher Grundlage jenseits ethischer Prinzipien zu suchen. Die neueren Monographien zeigen die einheitliche Tendenz, die Rechtswidrigkeit nicht als

[1]) Dohna, Buße S. 61: „Die materielle Rechtswidrigkeit ist faktische Voraussetzung, die formelle Rechtswidrigkeit ist logische Konsequenz der Verwirklichung der Deliktsmerkmale". Später hat Dohna diese Unterscheidung aufgegeben, vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 63.

[2]) Stooß a. a. O.

[3]) Binding, Normen 1. Aufl. S. 184 Anm. 309.

konkretes Merkmal des Tatbestandes, sei es des subjektiven oder des objektiven,[1]) aufzufassen, sondern als eine Abstraktion, die ein Unwerturteil enthalte. So bezeichnet Fischer[2]) das Unrecht als substantivisch gedachte Eigenschaft. Inhaltlich bedeute rechtswidrig das, „was das positive Recht mißbilligt".[3]) Nach Beling[4]) ist rechtswidrig begrifflich alles, was contra ius ist; im Tatbestand liegt jedoch kein Werturteil.[5]) Die Rechtswidrigkeit bildet also kein Tatbestandsmerkmal. Im Widerspruch mit der Rechtsordnung erblickt Kitzinger[6]) das unerläßliche, aber auch einzige Begriffsmerkmal aller Rechtswidrigkeit, während nach Dohna[7]) die Rechtswidrigkeit diejenige Eigenschaft des Tatbestandes ist, welche in unserer Betrachtung das Unwerturteil auslöst. Nagler[8]) sieht in der Rechtswidrigkeit die reine rechtliche Negation, die positive Feststellung der rechtlichen Wertlosigkeit, und S. 315: „Das mit rechtswidrig ausgesprochene Unwerturteil besteht in der Mißbilligung und damit in der Ablehnung des Beurteilten durch die

---

[1]) So Wach, Legislative Technik S. 14 und Nagler, Rechtswidrigkeit S. 343.

[2]) Fischer, Rechtswidrigkeit S. 95, vgl. S. 117 u. 120.

[3]) Fischer a. a. O. S. 117.

[4]) Beling, Lehre S. 2.

[5]) Beling a. a. O. S. 147/48.

[6]) Kitzinger a. a. O. S. 15, vgl. S. 18.

[7]) Dohna a. a. O. S. 63.

[8]) Nagler, Rechtswidrigkeit S. 285.

Rechtsordnung". Keßler,[1]) dem Hold[2]) beipflichtet, sieht eine solche Handlung als rechtswidrig an, die „das Gesetz nach seinem ganzen geschriebenen und ungeschriebenen Recht zu ergänzenden vernünftigen Sinn hat verbieten wollen". Franks[3]) Definition hat einen vagen Umfang, denn jeder Angriff ist rechtswidrig, den der Betroffene nicht zu dulden verpflichtet ist.

Wir berühren hier ein Spezialproblem, das eines der umstrittensten des Kriminalrechts ist: die Rechtswidrigkeit im Verhältnis zu dolus und Tatbestand und die Bedeutung des Wortes rechtswidrig in den praecepta legis des Gesetzbuches. Eine zusammenfassende Darstellung der Kontroversen gibt Hippel.[4]) Die richtige Ansicht geht wohl dahin, daß die Hervorhebung des Rechtswidrigkeitsmomentes im gesetzlichen Tatbestand die Negation möglicher Berechtigung oder Rechtmäßigkeit bedeutet.[5])

Dohna[6]) glaubt darin den Hinweis zu finden, der Richter solle in diesen Fällen prüfen, ob ein Tatbestand

---

[1]) Keßler im GerS. Bd. 40 S. 584.

[2]) Hold a. a. O. Bd. 2 S. 10.

[3]) Frank, StGB. S. 123.

[4]) Hippel, Vorsatz S. 547 ff., bes. S. 561.

[5]) Keßler (a. a. O. S. 29/30), Roedenbeck (im GerS. Bd. 37 S. 139), Nagler (a. a. O. S. 287), vgl. Binding (Normen Bd. 2 S. 400 ff.), Löning (Grundriß S. 37 ff.) halten die Hervorhebung für unerheblich.

[6]) Dohna a. a. O. S. 64.

der generellen „Anforderung entspricht, mit der Idee des richtigen Verhaltens in Widerspruch zu stehen", Kiehl[1]) den Hinweis, daß die Frage der objektiven Rechtswidrigkeit noch aus anderen Normen geprüft werden müsse als den im Strafgesetz enthaltenen. Nach anderen, z. B. v. Liszt,[2]) bedeutet es das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Durch die besondere Hervorhebung sollen die Fälle ausgeschieden werden, die nach dem Wortlaut unter das Gesetz fallen, die das Gesetz aber nicht strafen will; dies ist die Ansicht von Hold.[3]) Daß die Rechtswidrigkeit kein Requisit des Tatbestandes sei, vertritt er mit Kohlrausch,[4]) Fischer,[5]) Beling,[6]) Kitzinger[7]) und anderen.

So knüpfen sich an das eigentliche Problem der Rechtswidrigkeit zahlreiche Kontroversen, die eine endgültige Lösung vereitelten und den Begriff eher verwirrten als klärten.

Wird eine Tat als rechtswidrig bezeichnet, also im eigentlichen Wortsinne als contra ius gerichtet, so bedeutet dieses Urteil gegenüber dem konkreten Tatbestand

---

[1]) Kiehl, Einwilligung S. 367 ff.

[2]) v. Liszt, Lehrb. § 41.

[3]) Hold a. a. O. S. 395.

[4]) Kohlrausch, Irrtum S. 59.

[5]) Fischer a. a. O. S. 95 ff.

[6]) Beling a. a. O. S. 41—45, 147 - 158.

[7]) Kitzinger a. a. O. S. 85.

eine Abstraktion, die den Tatbestand unter den Gesichtswinkel rechtlicher Wertung rückt. „Eine bestimmt geartete Rechtsbeziehung“ [1]) erhellt aus diesem Unwerturteil. Die reale Tat als solche, der eigentliche Tatbestand wird dadurch in einen anderen Betrachtungskreis gezogen. Erst durch diese Abstraktion treten die strafbegründenden Faktoren miteinander in Kontakt: Tat und Täter, Kausalität und Gesetz. Den Inhalt der Rechtswidrigkeit begreift Hold als Pflichtwidrigkeit. „Dagegen verletzt jeder, der ein Verbrechen begeht, unwidersprechlich eine Pflicht.“ [2]) „Der Gesetzgeber statuiert eine Pflicht, indem er unter Hinweis auf die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel einen Befehl erteilt.“ [3]) Die Strafe sei nur logische Konsequenz der Drohung. Wer die ihm vom Gesetzgeber auferlegte Pflicht durch Handeln oder Unterlassen verletzt, handelt rechtswidrig. „Eine Handlung kann nicht rechtswidrig sein, ohne pflichtwidrig zu sein.“ [4]) Pflicht definiert Hold als sozialpsychischen Zwang durch Drohung.[5]) Über diesen zutreffenden Pflichtbegriff geht Hold hinaus und konstruiert als Korrelat einen Rechtsbegriff, deutlich auch hier die Tendenz der verallgemeinernden Systematisierung

---

[1]) Hold a. a. O. Bd. 2 S. 6.
[2]) Hold a. a. O. Bd. 1 S. 149.
[3]) Hold a. a. O. S. 164.
[4]) Hold a. a. O. S. 370/71, 281.
[5]) Hold a. a. O. S. 80ff.

beweisend.[1]) „Nicht das subjektive Recht schafft die Pflicht, und nicht neben das Recht tritt die Pflicht, sondern durch Auferlegung der Pflicht entstehen Rechte.“[2]) Unrichtig gelangt Hold so zur Bejahung subjektiver Rechte im Strafrecht,[3]) eine These, die keinesfalls haltbar ist. Der durch die Strafnorm Geschützte erlangt nicht ein subjektives Recht darauf, daß ihn ein anderer nicht morde oder beraube. Hold gibt zwar zu, daß diesem von ihm konstruierten Rechtsbegriff die Kriterien eines subjektiven Rechtes: Erzwingbarkeit, Übertragbarkeit, Verzichtbarkeit und Sanktion fehlen, degradiert sie jedoch nur zu besonderen Merkmalen des Privatrechtes. Wohl sind Körperintegrität, Freiheit, Ehre durch Strafdrohung rechtlich geschützte Güter, niemals jedoch subjektive Rechte. „Es gibt kein subjektives Recht zu leben, zu empfinden, zu denken, was man wolle.“[4]) Mit vollem Recht sagt Wach[5]): „Aus dem an eine bestimmte Gruppe von Menschen gerichteten Verbot, eine Sache anzugreifen und in ihrem Nutzen zu verwenden, folgt für die in jener Gruppe nicht eingeschlossenen nicht, daß sie das subjektive Recht haben, über die Sache zu verfügen . . ., nichts steht im Wege, jenes Verbot auch auf

---

[1]) vgl. Ausführungen auf S. 46/47.

[2]) Hold a. a. O. S. 110.

[3]) Hold a. a. O. S. 139 ff., 143 ff.

[4]) Wach in GrünhutsZ. Bd. 6 S. 551; vgl. dazu RGE. V v. 3. 7. 1908 Bd. 41 S. 393.

[5]) Wach a. a. O.

die bisher in ihm nicht eingeschlossenen Gruppen auszudehnen, ohne daß dadurch ein erworbenes Recht entzogen würde". Auch Löning[1]) glaubt, daß jeder aus einem strafrechtlich sanktionierten Verbot oder Gebot entspringenden Verpflichtung eine Berechtigung entspräche. Löning mag darunter ein Verbietungsrecht Dritten gegenüber verstehen, das sich jedoch niemals in der Funktion eines subjektiven Rechtes äußert. Denn „der Wille des Einzelnen ist für Entstehung, Inhalt, Fortdauer, Geltendmachung des Verbotes völlig bedeutungslos, also kann mit dem abstrakten Verbot kein konkretes Wollendürfen als rechtlich bedeutsames, als subjektives Recht gesetzt sein".[2])

Der Pflichtbegriff des Strafrechtes ist gleichfalls ein absoluter, dem ein Korrelat ermangelt. Die Rechtsbeziehung zwischen dem befehlenden Faktor, dem Staate, und den Rechtsunterworfenen schafft den Pflichtbegriff, der in der einzelnen gesetzlichen Norm seinen Niederschlag findet. „Aus der gesetzlichen Pflicht, etwas zu tun oder zu unterlassen, folgt an sich nie ein Handelndürfen Dritter."[3]) Einseitig wird durch das Gesetz eine Pflicht statuiert. Wer ihr zuwiderhandelt, handelt strafrechtswidrig. So ist die Bedeutung der Strafrechtswidrigkeit in der Eigenschaft einer Tat zu finden, einen

---

[1]) Löning, Grundriß Vorwort S. 5.

[2]) Wach a. a. O. S. 552.

[3]) Wach a. a. O. S. 553, vgl. S. 554.

durch Strafsanktion verpönten Tatbestand zu verwirklichen.[1])

Nachdem in der Norm die Pflicht als absoluter Begriff erkannt wurde, kann zu der Frage, an wen die Norm gerichtet ist, wer eine Normwidrigkeit begehen kann, ein Standpunkt gewonnen werden. Das Strafgesetz richtet seine Normen nur an taugliche Befehlsempfänger; nur ihnen wird eine Pflicht auferlegt, weil nur von ihnen die Erfüllung erwartet werden kann. „Denn dem der Sprache und des Lesens unkundigen Idioten, dem Säugling und dem im letzten Stadium der Paralyse Befindlichen vermag keine Macht der Erde mit Befehlen und Drohungen beizukommen.“ [2])

Man spricht terminologisch unrichtig in diesem Falle von einem Ausschluß der Rechtswidrigkeit, während in Wahrheit keine Norm ergangen ist. Es ist nicht etwa zunächst ein subjektiver Strafanspruch des Staates begründet, der später wiederum aufgehoben wird; nur scheinbar war eine Norm gegen den Täter erlassen.

---

[1]) vgl. Wach, Grundriß S. 55. Gleiche Gesichtspunkte liegen Schmidts Betrachtungen (Verantwortlichkeit S. 17) zugrunde: „Das Strafgericht soll in Anwendung dieses Gesetzes bei der Einzelhandlung nur die Rechtswidrigkeit feststellen, d. h. es soll prüfen und entscheiden, ob eine Einzeltat unter das allgemeine Strafgesetz fällt oder nicht“.

[2]) Hold a. a. O. Bd. 2 S. 16, 24; gleicher Ansicht Tosetti, Begriff S. 87; Binding, Verbrechenstatbestand S. 9; Fischer a. a. O. S. 194.

Zutreffend sind Holds Argumente aus §§ 51 ff. und 55 StGB., daß die dort bezeichneten Handlungen nicht nur straflos seien, sondern als nicht strafbar bezeichnet werden.[1]) Nur die prinzipiell tauglichen Befehlsempfänger sind Normadressaten, aber auch nur dann, wenn sie nicht in einer Lage sind, die sie voraussichtlich zu untauglichen Normadressaten macht, also auch nur hinsichtlich zurechenbarer Handlungen.[2]) Nur die zurechenbare Betätigung erscheint somit als rechtswidrig. Daß das Zivilrecht eine Schadenshaftung Unzurechnungsfähiger kennt, beweist nichts gegen diese Thesen, da diese Haftung niemals Unrechtsfolge wie die Strafe ist.[3]) Eine strafrechtliche Norm ergeht jedoch nicht an den Scharfrichter, der die Strafe vollzieht, an den in Notwehr Befindlichen, an den Soldaten im Kriege, an den einen anderen mit dessen Einwilligung Verletzenden, insofern überhaupt ein Anwendungsfall des volenti non fit iniuria gegeben ist. Die Verletzung eines Einwilligenden ist dann nicht rechts-

---

[1]) Hold a. a. O.: Weitere Argumente werden aus § 57 und der Deliktsunfähigkeit der juristischen Person gewonnen.

[2]) Hold a. a. O. Bd. 2 S. 15, vgl. dazu Bd. 1 S. 281, 361, 371.

[3]) vgl. Hold a. a. O. Bd. 2 S. 22 ff. Thon hatte diese Erscheinung zum Beweise dafür herangezogen, daß die Norm in der Tat auch Unzurechnungsfähigen zu gelten habe (Rechtsnorm S. 70 ff., bes. S. 92). Gleicher Ansicht Schütze, Teilnahme S. 289 ff.; Hoepfner in ZStW. Bd. 26 S. 601 ff. Nach diesen Schriftstellern wird die Strafbarkeit durch das Zutreffen der besonderen Tatbestandsmerkmale begründet. Unzurechnungsfähigkeit figuriert als persönlicher Strafausschließungsgrund.

widrig, weil die strafrechtliche Norm nur scheinbar den Täter trifft.[1]) Eine Betrachtung der einzelnen Delikte wird ergeben, in welchen Fällen die Norm trotz vorhergehender Einwilligung als ergangen anzusehen ist.

Nach diesen Ausführungen sind alle die Theorien abzulehnen, die die Wirkung der Einwilligung in dem Ausschluß des strafrechtlichen Dolus[2]) erkennen, da die Rechtswidrigkeit lediglich eine Abstraktion bedeutet und vom Vorsatz nicht mit umfaßt wird. Daß durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit einer Handlung beseitigt werde, vertreten Hälschner,[3]) Joski,[4]) Finger,[5]) Dorn,[6]) Dohna,[7]) Olshausen,[8]) Hartmann,[9]) Roedenbeck.[10])

---

[1]) Ähnlich Holer a. a. O. S. 21.

[2]) Von älteren Schriftstellern vertreten diese Lehre Jarcke, Handb. Bd. 1 S. 109; Boehlau, Volenti S. 490; Zimmermann, Volenti S. 440; Breithaupt, Volenti S. 26; Mannheimer, Einwilligung S. 43, der es als Tatfrage erklärt, ob durch die Einwilligung Ausschluß des Dolus oder Untauglichmachen des Objektes erfolge, ob also die Einwilligung objektive oder subjektive Wirkung habe.

[3]) Hälschner, Strafrecht Bd. 1 S. 469.

[4]) Joski, Einwilligung S. 18.

[5]) Finger, Österr. Strafrecht S. 655.

[6]) Dorn in GoltdArch. Bd. 1 S. 330 ff.

[7]) Dohna a. a. O. S. 145.

[8]) Olshausen, Komm. S. 217.

[9]) Hartmann in GrünhutsZ. Bd. 27 S. 697 ff.

[10]) Roedenbeck, Zweikampf S. 26.

Gleichfalls unrichtig sind die Theorien, die die Einwilligung als Strafmilderungsgrund bei strafbarem Verbrechen ansehen oder von einer „Verringerung der Widerrechtlichkeit" durch die Einwilligung sprechen. Denn entweder ist die Norm trotz der Einwilligung ergangen und die mit Einwilligung begangene Handlung rechtswidrig, oder die Einwilligung wirkt als normausschließender Grund. Strafmilderungsgrund bedeutet die Einwilligung für Wessely,[1]) Klee,[2]) Schütze,[3]) während einen geringeren Grad der Rechtswidrigkeit infolge der Einwilligung Köstlin,[4]) Hälschner,[5]) Hartmann,[6]) Breithaupt[7]) annehmen.

Die Frage nach dem Materialgrund der Strafdrohung, die einen gewissen Einfluß auf die Problemgestaltung gewinnt, ist kontrovers gleich den oben behandelten Streitfragen. Sind es Rechtsgüter oder Interessen, die die strafrechtliche Norm zu schützen bestrebt ist? so hat die Stellung des Problems zu lauten, damit zugleich auf die in der Literatur zumeist vertretenen Ansichten hin-

---

[1]) Wessely in ÖsterrVJSchr. Bd. 1 S. 260.

[2]) Klee in GoltdArch. Bd. 50 S. 380.

[3]) Schütze, Lehrb. S. 104.

[4]) Köstlin, Revision S. 683, System S. 99.

[5]) Hälschner, System § 62.

[6]) Hartmann a. a. O. S. 764.

[7]) Breithaupt a. a. O. S. 35, vgl. auch S. 80. Mit Recht bemerkt Holer a. a. O. S. 57/58 dagegen: „aber ist damit etwas an der Widerrechtlichkeit geändert?"

weisend. Binding als Vertreter der Rechtsgütertheorie hatte eine Formulierung geschaffen, die ihre Bedeutung nur im Zusammenhang seines Normensystems besitzt. „Rechtsgut ist vielmehr alles, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung das positive Recht nach seiner Ansicht ein Interesse hat, was es deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist.“[1]) Denn Objekt des Verbrechens und damit Objekt des Rechtsschutzes ist die Rechtsordnung; die Verletzung der Norm stellt das Verbrechen dar. Die Bindingschen Ideen leiten auch Finger,[2]) der sich allerdings nicht zu einer scharfen begrifflichen Trennung von Rechtsgut und Interesse verstehen kann. Holer[3]) gelangt zu einer scharfen begrifflichen Präsisierung und proklamiert das Rechtsgut als Objekt des Rechtsschutzes. Das Interesse, das begrifflich eine Wertrelation zwischen Subjekt und Objekt voraussetzt, wird von Holer richtig als „das die Vorstellung des Objektes begleitende Lustgefühl“ definiert. „Das Interesse setzt die Erkenntnis dieser Eigenschaft (sc. als Mittel der Bedürfnisbefriedigung) voraus.“[4]) So ist der Begriff in allen Fällen von individueller, subjektiver Wertung abhängig und damit unbrauchbar für ein Rechts-

---

[1]) Binding, Normen 1. Aufl. S. 193, vgl. S. 353; vgl. dazu Keßler im GerS. Bd. 39 S. 105.

[2]) Finger im GerS. Bd. 40 S. 146, 153/54.

[3]) Holer a. a. O. S. 43ff., bes. S. 47.

[4]) Holer a. a. O. S. 27.

system, das nur nach Durchschnittsmaßen seine Normen aufbaut.[1]) Hold[2]) verwirft den Begriff des Rechtsgutes, weil eine Definition unmöglich sei, und gelangt auf Grund dieser seltsamen These zu einer begrifflichen Scheidung zwischen „abstrakten“ und „konkreten“ Interessen. Die Rechtsordnung schütze nur abstrakte Interessen, und auch das Delikt sei nur eine Verletzung eines abstrakten Interesses; denn das Verbrechen, das sich, wie oben ausgeführt, formell als Pflichtwidrigkeit kennzeichnet, bedeutet inhaltlich eine Interessenwidrigkeit.[3]) Nur dürfe man nicht übersehen, daß das Recht nicht konkrete, sondern abstrakte Interessen schütze. Auch wenn im konkreten Fall das Interesse, das geschützt werden soll, gar nicht vorhanden ist, gewährt die Rechtsordnung gleichwohl ihren Schutz.[4]) Der Holdsche Begriff des „abstrakten“ Interesses deckt sich völlig mit dem des Rechtsgutes; eine komplizierte Konstruktion, wie sie Hold versuchte, erscheint unnötig. Das Rechtsgut wird durch das Gesetz geschaffen dadurch, daß es ihm seinen Schutz gewährt; dessen Verletzung pönalisiert, ohne Rücksicht auf das individuelle Interesse und die subjektive Wertung. „Aber tatsächlich hat sich der Gesetzgeber zu keiner Zeit auf diesen subjektiven Wertstandpunkt des passiv beteiligten einzelnen gestellt. Er

[1]) vgl. Holer a. a. O. S. 37 ff.

[2]) Hold a. a. O. S. 144.

[3]) Hold a. a. O. S. 293, 370/71, 377.

[4]) Hold a. a. O. S. 381.

schützt durch seine Strafdrohung soziale Güter, d. h. Zustände usw., die für die Menschen im Durchschnitt Wert zu haben pflegen, und bereits ein Angriff gegen ein Gut dieser Gattung macht das Wesen des Deliktes aus.“[1]) Durch die Rechtsordnung werden Eigentum, Ehre und Leben eines Kindes ebenso wie eines Idioten geschützt, denen beiden ein „Interesse“ an diesen Rechtsgütern fehlen dürfte. „Der Staat erklärt manches Gut und Interesse erst dadurch für ein Rechtsgut, daß er es unter Strafe stellt, manche Handlung erst dadurch für notwendig oder schädlich, daß er ihre Unterlassung pönalisiert.“[2]) Die Rechtsgutqualität wird durch den allgemeinen Willen, durch das Gesetz kreiert und bleibt bestehen für das geschäftsunfähige Kind, den Paralytiker, den in eine Verletzung Einwilligenden; denn es ist den Individuen benommen, diesen Charakter, den ein Gut durch das Gesetz erhält, aufzuheben. Unrichtig räumt Holer bei der Kategorie der „bedingten Rechtsgüter“ dem Individuum eine „Verfügungsbefugnis“ durch die Einwilligung ein, durch die bei gewissen Delikten die Rechtsgutqualität beseitigt werde.[3]) Denn in diesen Fällen wolle das Gesetz nicht gegen den Willen des Rechtsgutträgers seinen Schutz ausüben. Zutreffend hatte

---

[1]) Schmidt, Verantwortlichkeit S. 53.

[2]) Wach im GerS. Bd. 25 S. 440.

[3]) Holer a. a. O. S. 90. Ähnliche Gedanken bei Berner, Lehrb. S. 97.

Holer das Rechtsgut als Objekt des Verbrechens und des Rechtsschutzes dargestellt und, sich in Hegelschen Gedankenbahnen bewegend, „von einem allgemeinen Willen“ gesprochen, der sich in ein Objekt lege und es damit zum Rechtsgut stempele“.[1]) Daß das, was der allgemeine Wille, das Gesetz zum Rechtsgut erhebt, durch den Willen eines Individuums dieser Qualität entkleidet werde, ist eine unhaltbare Konstruktion. An dieser Stelle vermissen wir die sonst Holer eigene begriffliche Klarheit. Richtig sind seine Ausführungen[2]): „Nur soweit und solange die Norm existiert, welche das Objekt schützt, ist dieses ein Rechtsgut“. Durch die bloße Existenz einer Norm wird die Rechtsgutqualität erzeugt und bewiesen. Damit wird nur generell ein Gut zu einem Gute des Rechts, zu einem Rechtsgut deklariert. Wenn wir in gewissen Fällen der Einwilligung von einen Ausschluß der Norm sprechen, so fassen wir bereits eine spezielle Anwendung der Norm, eine rechtliche Beziehung zwischen einem bestimmten Verletzten und einem bestimmten Delinquenten ins Auge. Die generell erklärte Rechtsgutqualität bleibt davon unberührt; bleibt es doch jedem Dritten gegenüber Rechtsgut. Damit fällt das Holersche System, das die Lösung des Problems in der Scheidung in „bedingte“ und „unbedingte“ Rechtsgüter erblickt hatte, zusammen.[3])

---

[1]) Holer a. a. O. S. 45/46.

[2]) Holer a. a. O. S. 55.

[3]) vgl. dagegen Holer a. a. O. S. 95.

Mit aller Schärfe vertreten die Interessentheorie Pfersdorff,[1]) Hertz,[2]) Keßler,[3]) der das Interesse einer Person an einer Tatsache definiert als „das Verhältnis der Person zu dieser Tatsache, vermöge dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat". v. Liszt[4]) kennt keinen begrifflichen Unterschied zwischen Interesse und Rechtsgut. Die Anhänger der Interessentheorie finden die Lösung des Problems der Einwilligung darin, daß das Gesetz, um den Interessenschutz durchzuführen, nur dort strafe, wo in concreto ein Interesse verletzt würde; also dann nicht, wenn, wie im Fall der Einwilligung, das Interesse offenkundig aufgegeben war.

Abseits von diesen Theorien steht die These von Klee,[5]) der in dem „Willen" das Objekt des Verbrechens erkennt. „Das wahre Objekt des Verbrechens ist der Wille, nicht Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Eigentum als abstrakte Güter." Die Rechtsgutqualität sei latent. Diese Güter bezeichneten reine tatsächliche Zustände; „erst durch den rechtswidrigen Eingriff entsteht die Rechtsgutqualität der im übrigen als Lebensgüter

---

[1]) Pfersdorff a. a. O. S. 9.

[2]) Hertz, Unrecht S. 55ff., bes. S. 59/60.

[3]) Keßler im GerS. Bd. 38 S. 573, Bd. 40 S. 586 und Einwilligung S. 50.

[4]) v. Liszt in ZStW. Bd. 6 S. 673; ebenso Mannheimer a. a. O. S. 61.

[5]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 179.

existierenden Eigenschaften".[1]) Das Strafgesetz strafe nur die ethische Verletzung, d. h. eine Verletzung, durch die ein fremder Wille verneint werde; bei der Selbstverletzung wie bei der eines Einwilligenden sei nur eine physische Verletzung denkbar, da es an dem eigentlichen Objekt des Verbrechens, dem dem Willen des Verletzenden entgegenstehenden fehle. Durch die Einwilligung entstehe ein Wille; die vorher einander entgegengesetzten Willenssphären schmelzen in eine zusammen.[2]) Die in großen Zügen dargestellte Lehre Klees weist deutlich auf den starken Einfluß Schopenhauers hin,[3]) und so entfernt sich auch sein System von exakter juridischer Prinzipienlehre, indem es positivrechtliche Bestimmungen wie die des § 216 StGB. als dem System widersprechend ablehnt und zu künstlichen Konstruktionen gelangt, um das aufgestellte Prinzip bejahen zu können. So z. B., wenn Klee von einem Kulturinteressen und Kulturveranstaltungen schützenden Staat spricht, dessen Wille im ethischen Sinne verletzt werde. Bald ist es der bewußte Wille, der das Deliktsobjekt darstellt, bald ein Wille im metaphysischen Sinne, wie ihn Schopenhauer begriff. Auf der anderen Seite soll nicht verkannt werden, daß Klees Monographie vornehmlich im speziellen Teil sehr beachtenswerte Resultate aufzeigt. Nur für eine juristische Problemlösung ist Klees System unanwendbar.

---

[1]) Klee a. a. O. S. 337/38.

[2]) Klee a. a. O. S. 177 ff.

[3]) vgl. Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung Bd. 1 § 62.

Spezieller Teil.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Einwilligung.

„Die Wissenschaft hat nicht bloß zu beschreiben, sondern auch zu systematisieren, und dazu bedarf es fester, scharf umrissener Begriffe.“ [1]) Keßler[2]) hat dem Begriff eine in seiner Einfachheit und Prägnanz klassische Formulierung gegeben: „Einwilligung ist die Erklärung der Übereinstimmung meines Willens mit dem Willensakt eines anderen“. Es wird damit etwas rein Tatsächliches bezeichnet. Theorien, welche die Einwilligung als rechtsgeschäftlichen Willensakt bezeichneten, werden damit abgelehnt. Es bedeutet dies vielleicht das Hauptverdienst der Keßlerschen Arbeit, das in der Literatur dadurch anerkannt wurde, daß fast sämtliche Schriftsteller seit Keßler diese Formulierung zugrunde legten. Breithaupt,[3]) Joski[4]) und Holer[5]) für die Fälle, in denen es sich um die Verletzung eines „unbedingten Rechts-

---

[1]) Hold a. a. O. Bd. 2 S. 18.

[2]) Keßler, Einwilligung S. 26.

[3]) Breithaupt a. a. O. S. 18.

[4]) Joski, Einwilligung S. 16.

[5]) Holer a. a. O. S. 137.

gutes“ handelt, übernahmen den Begriff unverändert. Pfersdorff,[1]) dem Keßlers Definition zu weit erscheint, will das Moment eines „Verbotsrechtes“ auf Grund dessen eine Handlung vor der Einwilligung verboten werden könnte, in die Definition aufgenommen wissen. Auch Holers Definition,[2]) offenbar unabhängig von der Pfersdorffs, weist dieses Moment auf: „Einwilligung ist die Übereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen, dessen Verwirklichung ich verhindern kann“. Denn nur dort könne von einer Einwilligung die Rede sein, wo der „Verletzte“ dem Willensakte des anderen bezw. den hieraus resultierenden Folgen entgegentreten könne.[3]) Mannheimer[4]) hebt gleichfalls dieses Erfordernis hervor; denn nur wer das Recht habe, eine Handlung zu verhindern, könne darin einwilligen. Was unter diesem „Verbotsrecht“ zu verstehen ist, wird nicht präzisiert; worin die Äußerung dieses Rechtes, eine Handlung zu verhindern, besteht, bleibt unklar. Soweit nichts anderes damit gesagt wird, als daß nur der Verletzte einwilligen kann, besagt es eine Selbstverständlichkeit und erscheint in der Definition als überflüssiges Requisit. Klees umständliche Definition hat ihre Berechtigung nur im Rahmen seines Systems.[5])

---

[1]) Pfersdorff a. a. O. S. 15.

[2]) Holer a. a. O. S. 80.

[3]) Holer a. a. O. S. 73.

[4]) Mannheimer a. a. O. S. 27.

[5]) Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 254.

Die Frage nach der Person des Einwilligenden wird von der Doktrin einheitlich beantwortet, daß es der Verletzte im Sinn des einzelnen Strafgesetzes sein muß, der einzuwilligen hat. Der Verletzte ist der Träger des angegriffenen Rechtsgutes, der unmittelbar Verletzte; nicht aber der Staat oder sein Delegatar[1]) als „Inhaber des Rechtes auf Botmäßigkeit".[2]) Unbestritten ist das Erfordernis der Ernstlichkeit und der Freiwilligkeit der Zustimmung, und ebenso allgemein wird Handlungsfähigkeit des Einwilligenden gefordert; nur Binding[3]) will in dem Fall der Nötigung auch der Einwilligung eines Handlungsunfähigen volle Wirksamkeit beimessen, weil mit dem Widerstreben zugleich die Möglichkeit einer gewaltsamen Überwindung ausgeschlossen werde. Die Einwilligung muß jedoch auch in diesem Falle als bedeutungslos angesehen werden. In zahllosen Varianten wurde in der Literatur die Frage nach dem Alter des eine gültige Einwilligung gebenden Verletzten beantwortet. Die richtigen Grenzen werden analog aus den Bestimmungen des Strafgesetzes genommen werden können. Mit der Vollendung des 18. Lebensjahres, von dem das Gesetz die Antragsmündigkeit abhängig macht,

---

[1]) vgl. dazu Holer a. a. O. S. 84, gegen ihn mit Recht Hold a. a. O. S. 145.

[2]) Binding, Handb. S. 707; Normen S. 183, 295 u. 425; vgl. dagegen Keßler im GerS. Bd. 38 S. 563 und Hold a. a. O. S. 223.

[3]) Binding, Handb. S. 717.

wird stets eine gültige Einwilligung erteilt werden können, analog § 65 StGB.; eine vor Vollendung des 12. Lebensjahres gegebene Einwilligung ist bedeutungslos analog § 55 StGB. Zwischen dem 12. und 18. Lebensjahr wird die Gültigkeit einer Einwilligung nach dem Gesichtspunkte der Erkenntnisfähigkeit und der Bedeutung des Deliktes geprüft werden müssen. Jedem Menschen unter 18 Jahren eine Einwilligungsmöglichkeit in der Regel abzusprechen, wie es das Reichsgericht in seiner Entscheidung (II v. 19. 2. 1897, Bd. 29 S. 389) tut,[1]) heißt einem unbegründeten Formalismus huldigen. Daß die Altersgrenze in jedem Falle quaestio facti sei, betonen Hartmann,[2]) Pfersdorff,[3]) Gerland,[4]) Keßler,[5]) Breithaupt[6]) und Holer[7]) für die Fälle, in denen es sich um „unbedingte Rechtsgüter" handelt. Eine bestimmte Altersgrenze schlagen Joski[8]) und Zitelmann[9]) mit dem 7. Lebensjahr vor; Zitelmann fordert, wie oben dargetan, die analogen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Geschäftsfähigkeit;

---

[1]) vgl. RG. v. 3. 7. 1908, Bd. 41 S. 393.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 740.
[3]) Pfersdorff a. a. O. S. 23.
[4]) Gerland, Selbstverletzung S. 500.
[5]) Keßler a. a. O. S. 102.
[6]) Breithaupt a. a. O. S. 20.
[7]) Holer a. a. O. S. 120/21.
[8]) Joski a. a. O. S. 22.
[9]) Zitelmann, Ausschluß S. 27/28.

Schaper[1]) und v. Bar[2]) mit dem 21. Lebensjahre; Mannheimer[3]) mit dem 18. Lebensjahre, Klee[4]) und Holer[5]) mit dem 12. Lebensjahre; mit der Beschränkung' daß zwischen dem 12. und 18. Lebensjahre die geistige Reife des Einwilligenden in Betracht gezogen werden soll.

Die Erklärung der Einwilligung durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreter ist wirksam. In den Fällen, in denen der noch nicht 18jährige Einwilligende die völlige Erkenntnis der Relevanz der Erklärung nicht besitzt, wird die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters von ausschlaggebender Bedeutung sein, während sonst neben ihr auch die Einwilligung jenes nachgesucht werden muß.[6])

Die Einwilligung muß vor der Tat erklärt sein. Eine „nachträgliche Einwilligung" ist nicht imstande, die während der Tat vorhandene Rechtswidrigkeit zu beseitigen.[7]) Die Erklärung kann bis zur Begehung

---

[1]) Schaper in Holtzendorffs Handb. Bd. 2 S. 130.

[2]) v. Bar, Medizin. Forschung S. 242; vgl. Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 48.

[3]) Mannheimer a. a. O. S. 35.

[4]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 341.

[5]) Holer a. a. O. S. 106.

[6]) vgl. Klee a. a. O. S. 344; Holer a. a. O. S. 106, 120/21; Kiehl a. a. O. S. 380 ff.; v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 3 S. 79.

[7]) And. A. v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 3 S. 78. Falsch spricht auch der Tatbestand des Urteils des OLG. Dresden im sogen. Dresdner Fall von einer Verzeihung der Widerrechtlichkeit (ausführlich mitgeteilt bei Büdinger, Einwillung S. 29/30).

der Verletzungshandlung jederzeit widerrufen werden; eine Bindung des Willens durch die Einwilligung ist ausgeschlossen. Der Verletzte, der eingewilligt hatte, kann sich daher nicht auf Notwehr berufen, wenn er den Angriff des Verletzers von sich abwehrt, es sei denn, daß er vorher oder im Augenblick der Tat seine Einwilligung zurückgezogen hätte oder durch eine Abwehrhandlung den Willen, zu widerrufen, dokumentiert. Die Fortdauer der Einwilligung wird nicht präsumiert. Sie besteht nur für die unmittelbar folgende Tat.[1]) Ob für die Einwilligung eine Erklärung gefordert werden muß, oder ob die „bewußte Zustimmung“[2]) zu dem Willensakte des anderen genügt, so daß auch, wenn der Täter von der Einwilligung nicht wußte, diese als Norm ausschließender Grund anzusehen wäre, ist strittig. Mit Binding sind dieser Meinung Rubo,[3]) Klee,[4]) Schütze,[5]) Pfersdorff,[6]) Merkel,[7]) Roedenbeck[8]) und Gerland,[9]) weil durch die Einwilligung das Deliktsobjekt untauglich

---

[1]) vgl. Keßler a. a. O. S. 107; Breithaupt a. a. O. S. 32; Joski a. a. O. S. 25; Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 253; Holer a. a. O. S. 81.

[2]) Binding, Handb. S. 726/27, Normen Bd. 2 S. 558.

[3]) Rubo, Komm. S. 757.

[4]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 348.

[5]) Schütze, Lehrb. § 33 Anm. 8.

[6]) Pfersdorff a. a. O. S. 24.

[7]) Merkel, Lehrb. S. 168.

[8]) Roedenbeck a. a. O. S. 44.

[9]) Gerland a. a. O. S. 506.

werde. Holer[1]) spricht von einer „Willensrichtung", sich wie immer eng an Binding anschließend. Die Vorstellung, daß durch die Einwilligung ein Objekt untauglich werde, ist völlig haltlos. Die Einwilligung stellt nur eine konkrete Rechtsbeziehung zwischen dem Verletzten und dem Täter dar, des Inhalts, daß die Handlung des Täters nicht rechtswidrig erscheint, für ihn in seiner Stellung zum Einwilligenden eine strafende Norm nicht ergangen ist. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß für die Einwilligung eine Erklärung expressis verbis oder durch konkludente Handlung erforderlich ist.[2])

Nach den gleichen Gesichtspunkten ist die Frage, ob die Präsumtion einer Einwilligung die gleiche Wirkung wie die erklärte Einwilligung haben kann, zu beurteilen. Nur die tatsächlich erklärte Einwilligung vermag die Handlung zur rechtlich irrelevanten zu machen. Die präsumierte Einwilligung mag als mildernder Umstand in Betracht zu ziehen sein, als Normausschließungsgrund kann sie nicht figurieren.[3]) Nach den Theorien, die das

[1]) Holer a. a. O. S. 72. Nur für die Fälle des „unbedingten Rechtsgutes" wird Kenntnis der Einwilligungserklärung verlangt. S. 118.

[2]) Gleicher Ans. Keßler a. a. O. S. 77; Breithaupt a. a. O. S. 19; Joski a. a. O. S. 16; v. Bar a. a. O. S. 58; Mannheimer a. a. O. S. 26; Zitelmann a. a. O. S. 46; auch Gerland a. a. O. S. 491 und Roedenbeck im GerS. Bd. 37 S. 127 und andere.

[3]) Ders. Ans. Joski a. a. O. S. 24; Breithaupt a. a. O. S. 25; Gerland a. a. O. S. 507; and. Ans. Keßler a. a. O. S. 110;

Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als zum dolus gehörend fordern, bewirkt die Präsumtion der Einwilligung konsequenterweise den Ausschluß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Eine weitere Kontroverse ist darüber entstanden, ob in die Verletzungshandlung selbst oder den Erfolg eingewilligt werden müsse, oder ob die Einwilligung bald auf den Erfolg und bald auf die Handlung gerichtet sei.[1]) Richtiger Ansicht nach wird in den Erfolg eingewilligt; eine Einwilligung in die Handlung und nicht in die Folgen der Handlung erscheint logisch als Widersinn. Wohl mag es häufig der Fall sein, daß der Erfolg nicht erwünscht ist; gewollt ist er dennoch.[2]) Die Einwilligung in den Erfolg umschließt die Einwilligung in die Handlung.

Damit im Zusammenhang steht die Frage, ob nur in dolose oder auch in fahrlässige Verletzungen eingewilligt werden könne.[3]) Es ist jedoch die Einwilligung in eine fahrlässige Verletzung nicht möglich. Der Unterschied des kulposen zum dolosen Delikt liegt in der

---

Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 251; Zitelmann a. a. O. S. 104; Wessely a. a. O. S. 261; Mannheimer a. a. O. S. 48.

[1]) So Mannheimer a. a. O. S. 29 und v. Bar a. a. O. S. 62.

[2]) Ebenso Holer a. a. O. S. 76; Klee in GoltdArch. Bd. 40 S. 248. Daß eine Einwilligung nur in die Handlung erteilt werde, vertreten Kessler a. a. O. S. 26: Joki a. a. O. S. 19.

[3]) Letzteres lehnt Holer a. a. O. S. 79 ab mit der Begründung, eine solche Annahme enthalte eine contradictio in adjecto. Ebenso Breithaupt a. a. O. S. 27/28.

Vorstellbarkeit der strafrechtlich wesentlichen Eigenschaften einer Handlung; wie in einen nur vorstellbaren Erfolg eingewilligt werden kann, ist nicht ersichtlich.[1]) Die Einwilligung muß gegenüber dem Täter erklärt werden; ob es eine Person ist oder ein Kreis von Personen, ist unerheblich. Eine generell erteilte Einwilligung, wie sie v. Bar[2]) für möglich hält, ist ausgeschlossen. Es muß die Einwilligung auf eine bestimmte Tat gerichtet sein; eine auch in diesem Sinne generelle Einwilligung hat keine normausschließende Kraft.[3])

Nahm der Täter irrtümlich das Vorhandensein einer Einwilligung an, so ist er nur wegen fahrlässiger Begehung des Deliktes zur Verantwortung zu ziehen, wenn der Irrtum selbst auf Fahrlässigkeit beruhte. Die analoge Anwendung des § 59 StGB., wie dies von fast sämtlichen Schriftstellern befürwortet wird, ist ausgeschlossen, da diese Bestimmung nur von Tatumständen handelt, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören.[4])

---

[1]) And. A. Keßler a. a. O. S. 97; Mannheimer a. a. O. S. 29; Klee in GoltdArch. Bd. 49 S. 248 (falsch seine Begründung); instruktiv Keßlers Schulbeispiel a. a. O. S. 99; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 202.

[2]) v. Bar a. a. O.

[3]) ebenso Keßler a. a. O. S. 111; Gerland a. a. O. S. 507; Breithaupt a. a. O. S. 26; and. A. Mannheimer a. a. O. S. 50; Holer a. a. O. S. 98.

[4]) vgl. Holtzendorff, Handb. Bd. 3 S. 445; Joski a. a. O. S. 26; Holer a. a. O. S. 115; zweifelhaft Klee GoltdArch. Bd. 48 S. 348.

Zweites Kapitel.

Wirkung der Einwilligung bei den einzelnen strafrechtlichen Bestimmungen.

Aus den einzelnen Normen des Strafgesetzes ist zu entnehmen, in welchen Fällen eine Einwilligung die Norm auszuschließen vermag. Diese Betrachtung ergibt eine Berührung der formellen und inhaltlichen Seite der Norm. Mit der Bezeichnung rechtswidrig wird lediglich die formelle Seite des Rechtes umfaßt; die inhaltliche wird durch das Moment des Rechtsgüterschutzes charakterisiert. Falsch war, wie oben dargelegt, Keßlers Methode, aus der formellen rechtlichen Indifferenz auf ein geschütztes Interesse zu schließen. Das allgemeine Prinzip des volenti non fit iniuria wird in § 142 Abs. 2 StGB. bejaht; die Strafe, die den Verletzer eines Einwilligenden hier trifft, findet ihre Begründung in der Verletzung eines „aliud“ [1]): der Gefährdung der Wehrkraft; der Verletzte ist Mittel des Angriffs. § 216 StGB., der die Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen unter Strafe stellt, steht im offenbaren Widerspruch zu diesem Prinzip. Jedoch dieses Delikt, als Sonderdelikt par exellence durch die Verwischung der begrifflichen Differenz zwischen Mord und Totschlag und durch die zum „Verlangen“ gesteigerte Einwilligung gekennzeichnet, ist deshalb ungeeignet, die Gültigkeit des allgemeinen

---

[1]) Klee, GoldtArch. Bd. 48 S. 177.

Prinzips in Frage zu stellen. Die inhaltliche Seite der Norm bezeichnet den laesus, den durch die Norm Geschützten. Dort, wo der Angegriffene Träger des verletzten Rechtsgutes, der laesus nicht nur Mittel der Verletzung ist, vermag seine Einwilligung die Norm auszuschließen. Dieses ist die Formel, die sich aus § 142 Abs. 2 StGB. ableiten läßt.

Aus der Betrachtung scheiden die Delikte aus, in denen der Mangel der Einwilligung oder die vorhandene Einwilligung Tatbestandsmerkmal ist.

Zu der ersten Kategorie gehören die Delikte der §§ 299 u. 300,[1]) zu der zweiten die §§ 301—302e und die Duellvorschriften. Kontrovers ist, ob es sich beim Duell um gegenseitige Einwilligung handelt (diese Ansicht vertritt die Mehrzahl der Schriftsteller und die Judikatur des Reichsgerichts[2])), oder ob die Einwilligung nur eventuell,[3]) speziell[4]) oder bedingt[5]) gegeben wird. Andere Schriftsteller[6]) leugnen das Vorhandensein einer Einwilligung überhaupt.[7])

---

[1]) RG. II v. 16. 5. 1905, Bd. 38 S. 62.

[2]) vgl. RG. III v. 22. 2. 1882, Bd. 6 S. 61.

[3]) So Zitelmann a. a. O. S. 69; Binding, Handb. S. 723; Roedenbeck, Zweikampf S. 24; Hartwig a. a. O. S. 44.

[4]) Pfersdorff a. a. O. S. 52.

[5]) Klee in GoltdArch. Bd. 50 S. 379.

[6]) Holer a. a. O. S. 141; Frank a. a. O. S. 363; Wessely a. a. O. S. 240; Breithaupt a. a. O. S. 29/30; Heß, Abhandl. S. 47 (mit falscher Begründung).

[7]) Auf das Spezialproblem, ob die studentische Schlägermensur

Strafbestimmungen, die wie die §§ 304 u. 308 den Täter auch als Eigentümer der gefährdeten Gegenstände mit Strafe bedrohen, zeigen, daß hier nicht der Eigentümer Träger des Rechtsgutes und der laesus im Sinne des Gesetzes ist, sondern daß ein „aliud" den Materialgrund der Drohung bildet; eine Einwilligung bleibt daher bedeutungslos. Der laesus ist entweder ein Individuum als Träger des verletzten Rechtsgutes, oder es werden Güter der Gesamtheit ohne individuell bestimmte Träger als verletzt angesehen. Klee[1]) unterscheidet hiernach treffend „konkrete" und „abstrakte" Delikte. Durch die Konstituierung abstrakter Delikte werden ethische und schlechthin kulturelle Interessen zu Rechtsgütern erklärt.

Die Strafantragsberechtigung, die das Gesetz bei gewissen Delikten gibt, enthält einen Hinweis, wer als der laesus anzusehen ist, wessen Rechtsgut durch die Norm geschützt werden soll. Haben alle Antragsberechtigten in die Handlung eingewilligt, so gilt die Strafnorm gegen den Täter als nicht erlassen. Die

---

als „Duell" aufzufassen ist, oder ob die dabei zugefügten Verletzungen als Körperverletzungen zu strafen sind, wenn die Schlägermensur nicht Duell im Sinne des Gesetzes ist, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden; vgl. dazu RG. III v. 2. 6. 1880, Bd. 1 S. 443, Bd. 6 S. 61 und Vereinigte Strafsenate v. 6. 3. 1883, Bd. 8 S. 87.

[1]) Klee in GoltdArch. Bd. 50 S. 374ff.

strafausschließende Wirkung der Einwilligung ist nach diesem Gesichtspunkte auch für § 189 StGB. anzuerkennen.

So macht die Einwilligung in Vermögensdelikte (StGB. §§ 242—246, 253, 263) selbst für den Fall, daß der zivilrechtliche Vertrag nichtig sein sollte, den Täter straflos; gleichfalls in den Fällen, wo die Widerwilligkeit Begriffsmerkmal ist: StGB. §§ 234—236, 239—241 ferner §§ 81, 106, 107, 117. Der gleiche Gesichtspunkt hat bei den Ehrdelikten zu gelten. Im Fall des § 221 hat die Einwilligung strafausschließende Bedeutung,[1]) wenn die allgemeinen Erfordernisse erfüllt sind.

Den „abstrakten Delikten" gegenüber bleibt die Einwilligung ohne Bedeutung. Der Verletzte erscheint lediglich als Mittel der Verletzung. So sollen durch die §§ 171 ff. StGB. ethische Sittlichkeitswerte geschützt werden; der Einwilligende ist nicht der Verletzte. So bleibt die Einwilligung wirkungslos in den Fällen der §§ 173—176 Abs. 3 (eine gültige Einwilligung dürfte in diesem Falle kaum möglich sein), 180, 181, 181 a, 182 (die Antragsqualität dieses Deliktes bleibt außer Betracht). Die Einwilligung in einen Ehebruch (StGB. § 172) wirkt strafausschließend.[2]) Auch die Eidesdelikte und Urkundenfälschungen verletzen nicht einen individuellen Träger, sondern das Rechtsgut der öffentlichen Wahrheit.

---

[1]) Ebenso Klee in GoltdArch. Bd. 50 S. 374; and. A. Holer a. a. O. S. 102; Binding, Handb. S. 717; Breithaupt a. a. O. S. 76.

[2]) vgl. § 1565 Abs. 2 BGB.

Eine besondere Stellung nehmen die Abtreibungsdelikte ein. Als Verletzte figurieren sowohl die Frucht im Mutterleibe wie die Schwangere selbst (Argument § 220 StGB.); die Einwilligung erscheint im § 218 als Tatbestandsmerkmal, das Strafmaß gegenüber der Strafdrohung des § 220 gemildert.

Während bei diesen Delikten die Doktrin, von einzelnen Differenzen abgesehen, im Ergebnis einig ist, hat die Frage der Einwilligung bei den Delikten der Tötung und Körperverletzung die größten Kontroversen hervorgerufen. Eine positive Gesetzesbestimmung, aus der sich die Frage beantworten ließe, fehlt. Das Problem der Tötung eines Einwilligenden ist positivrechtlich dahin gelöst, daß nur die Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen privilegiert ist, während sonst die allgemeinen Bestimmungen Platz greifen. Die gemeinrechtliche Doktrin hatte versucht, die Tötung eines Einwilligenden als Beihilfe zum Selbstmord zu konstruieren, um die Mordstrafe zu umgehen. Von einer geringen Anzahl von Schriftstellern wird die gegenteilige Ansicht vertreten, daß § 216 StGB. auch die Tötung eines Einwilligenden umfasse.[1]) An diese positive Bestimmung haben sich zahlreiche Kontroversen geknüpft. Die wichtigste, in Literatur und Judikatur gleich häufig be-

[1]) So Roedenbeck, Zweikampf S. 44; Mannheimer a. a. O. S. 67; Holer S. 111; Ortmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 117; Ullmann im GerS. Bd. 37 S. 537—539. Später (GerS. Bd. 37 S. 140) hat Roedenbeck diese Ansicht aufgegeben.

handelte, besteht darin, ob § 216 StGB. ein delictum sui generis darstelle oder nur einen privilegierten Mord, so daß der Versuch zu strafen wäre. Das Reichsgericht hat eine in der Literatur auf das schärfste bekämpfte Auffassung vertreten: der Versuch der Tötung auf Verlangen involviere eine vollendete strafbare Körperverletzung.[1]) Es beruht dieses Urteil auf einer vollständigen Verkennung der strafrechtlichen Doluslehre. Die richtige Ansicht verneint die Strafbarkeit des Versuches, da § 216 StGB. in seiner Eigenschaft als Sonderdelikt nur ein Vergehen darstellt.[2]) Die weitere Streitfrage, ob auch dann § 216 Anwendung finde, wenn der Täter noch durch andere Motive als das Verlangen des Getöteten zur Tat bestimmt wurde, wird richtig dahin beantwortet, daß das Verlangen das ausschlaggebende Motiv für den Täter gewesen sein muß.[3])

Drittes Kapitel.

Die Einwilligung in eine Körperverletzung.

Wie sich das Strafgesetz gegenüber der Einwilligung in eine Körperverletzung verhält, ist aus den positiven

---

[1]) vgl. RG. I v. 15. 11. 1880, Bd. 2 S. 442, und RG. I v. 9. 11. 1893, Bd. 24 S. 369; Vereinigte Strafsenate v. 8. 2. 1896, Bd. 28 S. 200.

[2]) Ebenso Olshausen, Komm. § 216 Nr. 5; Frank a. a. O. S. 375.

[3]) Das Verlangen des Einwilligenden bildet das einzige Motiv nach Keßler a. a. O. S. 85; Breithaupt a. a. O. S. 51; Pfersdorff a. a. O. S. 43; Holer a. a. O. S. 112; v. Schwarze S. 602.

Bestimmungen nicht zu erkennen. Die Frage hat bei ihrer großen praktischen Bedeutung in der Literatur eingehende Behandlung gefunden; häufig hat man sie von den übrigen losgelöst und zum Spezialproblem ausgestaltet. Der extremen Auffassung, daß jede, auch die leichte Körperverletzung, die mit Einwilligung begangen wurde, zu bestrafen sei, stellte sich die entgegen, die die Strafbarkeit einer jeden mit Einwilligung begangenen Verletzung proklamierte. Zwischen diesen vermittelte die Meinung, die nur die schwere Körperverletzung trotz der Einwilligung als strafbar oder nur eine ganz geringfügige für straflos erklärte.[1])

Ein Vergleich der positiven Bestimmungen in den §§ 216 u. 225 StGB. ergibt, daß die versuchte Tötung auf Verlangen, die in einer schweren Körperverletzung bestehen kann, straflos bleibt, während im anderen Fall eine Zuchthausstrafe von 2 bis zu 10 Jahren zu verhängen ist, wenn man die Einwilligung für bedeutungslos erklärt; und selbst wenn man die Strafbarkeit des Versuches nach § 216 bejaht, bleibt ein bedenklicher Kontrast in den Strafmaßen bestehen. v. Liszt[2]) sucht diesen Kontrast damit zu begründen, daß die Verstümmlung das schwerere Delikt gegenüber der Tötung darstelle, entgegen der Ansicht des Gesetzgebers, der den

---

[1]) Geyer, Grundriß Bd. 2 S. 17, im GerS. Bd. 26 S. 280.

[2]) v. Liszt a. a. O. S. 319; ähnliche Gedanken bei Breithaupt a. a. O. S. 60; Stooß, Operation S. 88.

Mord als das schwerste Delikt ansieht. Gegen die reichsgerichtliche Begründung seines Standpunktes in der Entscheidung Bd. 2 S. 442 ist häufig und entschieden mit vollem Recht polemisiert worden. Das Argument, das zur Unterstützung der Theorie, welche die mit Einwilligung verübte Körperverletzung als straflos ansieht, aus dem Strafenvergleich des § 142 mit den §§ 224 oder 225 gewonnen wurde, ist zuerst von Stooß,[1]) dann von Schmidt[2]) überzeugend widerlegt worden. Es wird sich im § 142 StGB. regelmäßig um leichte Körperverletzungen handeln, die den Effekt der Untauglichmachung bereits herbeizuführen imstande sind; sollte es sich im konkreten Falle um eine schwere Körperverletzung handeln, so haben die Vorschriften über Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.) Platz zu greifen.[3])

Die vermittelnde Ansicht, die eine Strafe nur für die schwere Körperverletzung fordert, entbehrt jeder juristischen Begründung. Sie pflegt von ihren Vertretern durch Beispiele gestützt zu werden, die unpraktisch wie nur möglich gewählt sind. Der Fall, daß sich ein Bettler, um tauglicher zum Betteln zu werden,

---

[1]) Stooß a. a. O. S. 88.

[2]) Schmidt, Verantwortlichkeit S. 57/58; ähnlich Löffler a. a. O. S. 42.

[3]) Ebenso Breithaupt a. a. O. S. 64; Pfersdorff S. 48; Löffler S. 242; Holer a. a. O. S. 134. Nach der Ansicht von Keßler (a. a. O. S. 75) und Klee (GoltdArch. Bd. 50 S. 366) können im § 142 nur schwere Körperverletzungen gemeint sein.

von seinem Komplizen ein Bein amputieren läßt, dürfte sich nie ereignet haben und auch in der Zukunft nicht die Gerichte beschäftigen.[1])

Schmidt[2]) stellte die These auf: Soweit der Tatbestand in der Erregung subjektiven Mißbehagens bestehe, werde er durch die Einwilligung ausgeschlossen. Dagegen sei die Einwilligung bedeutungslos, soweit der Tatbestand in äußerer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit bestehe.

Die Schwierigkeit, diesem Problem gegenüber einen entschiedenen Standpunkt zu gewinnen, liegt darin, daß nicht wie bei den anderen Delikten aus der Norm ohne weiteres ersichtlich ist, inwieweit durch sie auch das öffentliche neben dem privaten Interesse geschützt werden soll, da nicht beide Interessensphären durcheinander bedingt sind. Jedoch das Wesen des Strafrechts besteht vornehmlich darin, die Individuen vor gegenseitiger Verletzung zu schützen und der Gesamtheit den ungestörten Genuß der Kulturgüter und die Wahrung ethischer Werte zu verbürgen. Diese individualistische Tendenz des Strafrechts muß im letzten Grunde den Standpunkt gegenüber der mit Einwilligung begangenen Körperverletzung fixieren. „Die rechtliche Aufgabe des Staates dem einzelnen Bürger gegenüber ist eine wesentlich negative,

---

[1]) Frank und zahlreiche andere Schriftsteller bringen dieses Beispiel.

[2]) Schmidt a. a. O. S. 56.

eine schützende, Schranken ziehende, keine aufbauende, fördernde. Entsprechend kann umgekehrt der Staat vom Individuum nicht fordern, daß es die Interessen des Staates positiv fördere, indem er an seiner eigenen Vollkommenheit arbeite.“ [1]) Das Individuum hat ein unbeschränktes Bestimmungsrecht über sein Leben und seine Körperintegrität, das nur durch ausdrückliche positive gesetzliche Normen beschränkt werden kann. Auch derjenige, der das Individuum mit seiner Einwilligung körperlich verletzt, untersteht so lange nicht der strafrechtlichen Norm, bis nicht eine positive Bestimmung eine solche Verletzung pönalisiert.

Viertes Kapitel.

Anhang. Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht.

Der Versuch einer juristischen Begründung der Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe hat eine so umfangreiche Literatur heraufbeschworen, daß es eine Unmöglichkeit bedeutet, auf beschränktem Raume eine kurze Übersicht zu bieten.

Daß der ärztliche Eingriff regelmäßig straflos ist, wird allgemein anerkannt; eine Begründung dieser Straflosigkeit wird in den verschiedensten Richtungen versucht, ohne daß eine der bisherigen Lösungen den beteiligten Interessen des Patienten und des Arztes in gleichem Maße gerecht geworden wäre.

---

[1]) Klee in GoldtArch. Bd. 48 S. 190.

Die Konstruktion eines „Berufsrechtes“, das den Arzt zu jedem operativen Eingriff berechtigt, hat ihre klassische Ablehnung in dem Urteil des Reichsgerichts (III v. 31. 5. 1894, Bd. 25 S. 375) gefunden. Der Beruf als solcher kann nicht eine rechtliche Befugnis zu körperlichen Eingriffen geben, zumal wenn wie im Deutschen Reich der ärztliche Beruf ein freies Gewerbe bildet, das jeder auszuüben berechtigt ist. Ein Berufsrecht erkennen an: Finger,[1]) Breithaupt,[2]) Geyer,[3]) Holer,[4]) Hold,[5]) Kahl,[6]) früher Binding.[7]) Die Einwilligung bildet nach einigen von diesen Schriftstellern die Grenze des ärztlichen, erlaubten Handelns.

Einseitig die Interessen des Arztes betont die Theorie, welche den ärztlichen Eingriff für straflos erachtet, weil subjektiv kein Verletzungsdolus bei dem Arzt vorhanden sei,[8]) oder objektiv überhaupt der Tatbestand einer Körperverletzung fehle; denn heilen sei nicht verletzen.[9]) Die Einwilligung bleibt für die Be-

---

[1]) Finger, Strafrecht S. 410.

[2]) Breithaupt a. a. O. S. 62.

[3]) Geyer, Grundriß Bd. 1 § 19.

[4]) Holer a. a. O. S. 140.

[5]) Hold a. a. O. Bd. 1 S. 395.

[6]) Kahl in ZStW. Bd. 29 S. 368.

[7]) Binding, Handb. S. 222 Anm. 12; vgl. dagegen Grundriß allgem. Teil (7. Aufl.) S. 198.

[8]) So Joski a. a. O. S. 32; Heß a. a. O. S. 46.

[9]) So Stooß, Chirurgische Operation S. 6, 10, 19ff. u. 23, Operativer Eingriff S. 192ff., ZStW. Bd. 12 S. 334, 337; Schnitzler,

gründung der Straflosigkeit außer Betracht. Für Ärzte, die ohne Einwilligung operierten, schlägt Stooß polizeiliche Strafen vor; Schnitzler und Heimberger sehen in einer Bestrafung des Arztes nach den §§ 239, 240 einen genügenden Schutz für die Patienten. Den Spezialproblemen der Perforation, des künstlichen Abortus und der Transplantation gegenüber erweist sich diese Theorie als unbrauchbar, so daß hier entweder in der Einwilligung oder in dem Gewohnheitsrecht der Rechtfertigungsgrund gesucht werden muß.[1])

Eine andere Theorie suchte die Straflosigkeit aus dem Zweck ärztlicher Eingriffe abzuleiten, der auch staatlich in sanitären Einrichtungen und hygienischen Maßregeln anerkannt werde. Ein Eingriff zum Zweck der Heilung müsse straflos sein, weil in vielen Fällen nur durch eine Körperverletzung eine Heilung herbeigeführt werden könne, ebenso wie eine Reparatur nicht ohne vorherige weitere „Zerstörung" gemacht werden könne. Juristisch ist gerade diese Begründung am wenigsten anzuerkennen, da das Strafrecht die rechtliche Wertung einer Handlung vom Zweck ebensowenig wie vom Motiv abhängig macht.[2]) Auch diese Theorie betont vornehmlich die Interessen des Arztes.

Ärztlicher Eingriff S. 13, 14, 33; v. Calker, Frauenheilkunde S. 15; Frank a. a. O. S. 385, 386; ähnlich Heimberger, Strafrecht S. 55 ff.

[1]) vgl. Stooß, Operation S. 68, 72, 74. Irrig ist die Ansicht von Schnitzler a. a. O. S. 51, daß die Perforation durch § 54 StGB. gerechtfertigt werde.

[2]) Vertreter dieser Lehre sind Hälschner, Strafrecht S. 471,

Die Judikatur des Reichsgerichts[1]) sieht nur in der Einwilligung des Patienten den Rechtsgrund für die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. In den Fällen, in denen eine Einwilligung vom Patienten nicht zu erlangen ist, versagt diese Theorie völlig, und so sind Ausnahmen von diesem Erfordernis zu statuieren. Die medizinische Praxis[2]) hat sich gleichfalls auf diesen Standpunkt gestellt und durch die Einführung von Reversen, in denen sich die Patienten zur Unterlassung jeglicher Schadensersatz- und Strafansprüche aus der Behandlung verpflichten, eine weitgehende Sicherung erwirkt.

Die oben abgelehnten Konstruktionen, mit Hilfe deren auch die Eingriffe eines Arztes ohne Einwilligung für nicht rechtswidrig erklärt werden unter den Ge-

---

der es sogar als sittliche Pflicht des Kranken erklärt, seine Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff zu geben; v. Liszt a. a. O. S. 158; Pfersdorff a. a. O. S. 53. Lilienthal (Pflichtmäßige Handlung S. 40), Oppenhoff (StGB. § 223 Nr. 1), Mannheimer (a. a. O. S. 39), v. Bar (im GerS. Bd. 60 S. 95, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 78 ff.), Radbruch (Geburtshilfe S. 7) verlangen außerdem Einwilligung des Patienten. Ähnlich Dietrich, Straflosigkeit S. 59 ff., bes. S. 66. v. Bar erblickt in der Einwilligung die Schranke ärztlichen Handelns.

[1]) vgl. RGE. Bd. 25 S. 375 und III v. 10. 4. 1905, Bd. 38 S. 34; vgl. dagegen Urteil der Strafkammer Berlin v. 30. 1. 1912 (mitgeteilt bei Wilhelm, Operationsrecht S. 27 ff.).

[2]) vgl. Thiersch im Ärztl. Vereinsbl. 1904 Nr. 285; Büdinger, Einwilligung S. 7, 22, 36 ff., 42 ff.

sichtspunkten der negotiorum gestio oder der präsumierten Einwilligung, müssen, um diesen Standpunkt wahren zu können, in zahlreichen Fällen verwandt werden.[1])

Die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe wird von anderen Schriftstellern aus dem Gewohnheitsrecht abgeleitet, das die Rechtsquelle darstellt für die spezielle Norm, aus der die Straflosigkeit folgt. Oppenheim als Anhänger dieser Theorie erblickt in dem ärztlichen Zweck „das dieses Recht konstituierende Moment“;[2]) Schmidt[3]) in der „ärztlichen Regel“, die entsprechend den Wandlungen der medizinischen Wissenschaft selbst nicht stetig sei, so daß der Arzt berechtigt ist, alle Maßnahmen zu treffen, die nach den ärztlichen Erfahrungsregeln erforderlich sind. Die rapide Entwicklung der ärztlichen Wissenschaft ließ den allgemein anerkannten Satz von der Straflosigkeit der ärztlichen Eingriffe zum Problem werden, um dessen endgültige

---

[1]) vgl. RG. Bd. 25 S. 375; Flügge, Recht des Arztes S. 80ff.; Zitelmann a. a. O. S. 111ff.; Brückmann, Rechte S. 7ff., 24 u. 65ff. In der Theorie sind es Ahrens (Geschäftsführung S. 46), Keßler (a. a. O. S. 76, 77), Klee (in GoldtArch. Bd. 49 S. 251), Löffler (Körperverletzung S. 247), die die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ärztlicher Handlungen ansehen.

[2]) Oppenheim, Ärztliches Recht S. 18, 19.

[3]) R. Schmidt a. a. O. S. 35, 36, vgl. S. 38ff. und Grundriß § 43. Ähnlich Behr, Ärztlicher Eingriff S. 47; Wein, Prinzip S. 36; vgl. auch v. Calker a. a. O. S. 13.

Lösung alle oben dargestellten Versuche vergebens ringen.[1]) Die zahlreichen verschiedenen Konstellationen, die die moderne medizinische Praxis mit sich bringt, vermag das Gesetz mit seinen Strafbestimmungen über Körperverletzungen, die eine tatsächliche Einwilligung wirkungslos zu machen imstande ist, nicht zu decken; und so charakterisiert sich dieses Problem nicht als eines de lege lata, sondern als legislatorisches Problem par excellence.[2])

---

[1]) Sehr tendenziöse Schriften, wie die „Verantwortlichkeit des Arztes" von Guttzeit, vermögen gleichfalls nicht einer Lösung nahezukommen.

[2]) vgl. dazu Radbruch a. a. O. S. 14; Brückmann in ZStW. Bd. 24 S. 694/95; Büdinger a. a. O. S. 80, die das Problem gleichfalls als eines de lege ferenda erkennen. Im Gegensatz zu dieser Ansicht lehnen die Motive zum Vorentwurf zu einem deutschen StGB. Bd. 1 S. 253 eine Neuregelung der Bestimmungen über Körperverletzungen als unnötig ab.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.